

الوسيط
في شرح القانون المدني الجديد
(٣)

نظرية
الالتزام بوجه عام

الأفضل - الجليل - الأفضل

تأليفه

عبد الرزاق حمزة السعدي

دكتور في العلوم القانونية ودكتور في العلوم السياسية والاقتصادية
ودبلومه من معهد القانون الدولي بجامعة باريس

١٩٥٨

مكتبة النشر والطبع

مكتبة النهضة المصرية
٩ شارع مدني - استا - القاهرة

القِسْمُ الْأَوَّلِيُّ

أوصاف الالتزام

(Modalités des Obligations)

ترتيب البحث

١ - الالتزام البسيط والالتزام الموصوف : عند ما بسطنا آثار الالتزام في القسم الثاني من الجزء الثاني من الوسيط كنا نواجه الالتزام في صورته البسيطة ، فهو التزام بسيط لم يلحقه وصف ما . ولكن الالتزام قد تلحقه أوصاف متنوعة في عناصره المختلفة . وعناصر الالتزام ثلاثة : (١) رابطة قانونية (juris vinculum) تربط المدين بالدائن . (٢) محل الالتزام (objet de l'obligation) وهو الشيء الذي يلتزم المدين بأدائه للدائن . (٣) طرفا الالتزام (sujet de l'obligation) وهما الدائن والمدين . والالتزام الذي بسطنا آثاره فيما تقدم هو الالتزام في صورته البسيطة في كل عنصر من هذه العناصر : الرابطة القانونية فيه وجودها محقق ونفاذها فورية ، وله محل واحد ، وكل من طرفيه واحد لا يتعدد . ولكن قد يلحق الالتزام في أحد هذه العناصر الثلاثة وصف (modalité) يكون من شأنه أن يعدل من هذه الآثار ، فيكون الالتزام موصوفاً (١) .

وهذا الوصف إما أن يلحق العنصر الأول من عناصر الالتزام ، رابطة المديونية ، فتعلق هذه الرابطة على شرط ويصبح وجودها غير محقق ، ويسمى هذا الوصف بالشرط (condition) . أو يتراخى نفاذ الرابطة إلى أجل ، ويسمى

(١) أما إذا لم يلحق الوصف عنصراً من عناصر الالتزام ، فلا يكون الالتزام موصوفاً ، بل بسيطاً منجزاً . ومن ثم لا يعتبر موصوفاً الالتزام المضمون برهن أو بحق امتياز أو بكفالة أو بنحو ذلك ، ولا الالتزام غير معلوم للقيمة ، ولا الالتزام التنبهي كالالتزام الكفيل ، فهذه كلها التزامات بسيطة منجزة ، وأن كان لكل منها خصوصية تميزه (انظر في هذا المعنى يبدان ولا جارد ٨ لقرة ٦٩٣ — قرة ٦٩٤) .

هذا الوصف بالأجل (terme) . فنعلمنا إذن لعنصر رابطة المديونية وصفان : الشرط والأجل .

وإما أن يلحق الوصف العنصر الثاني من عناصر الالتزام ، وهو المحل . فلا يكون هذا المحل واحداً ، بل يتعدد (pluralité d'objets) . والتعدد إما أن يكون جمعياً (conjoint) ، أو تخييرياً (alternatif) ، أو بدلياً (facultatif) . فنعلمنا إذن لعنصر المحل أوصاف ثلاثة : وصف الجمع في الالتزام متعدد المحل (obligation conjointe) ، ووصف التخير في الالتزام التخيري (obligation alternative) ، ووصف البديل في الالتزام البديلي (obligation facultative) .

وإما أن يلحق الوصف العنصر الثالث من عناصر الالتزام ، فيتعدد أحد الطرفين الدائن أو المدين أو المدينين أو يتعدد كلاهما (pluralité de sujets) . وتعدد كل من الدائن والمدين قد يكون مع غير تضامني أو يكون بطريق التضامن (solidarité) . وقد يتعدد الدائن أو المدين في التزام يكون غير قابل للتقسام (indivisible) . فنعلمنا إذن لعنصر طرفي الالتزام أوصاف ثلاثة : تعدد الطرفين في غير تضامن (١) ، وتعددتهما بطريق التضامن ، وعدم القابلية للتقسام (٢) .

٢ — **موضوعات هذا القسم** : فالكلام إذن في أوصاف الالتزام يكون في ثلاثة أبواب متعاقبة :

الباب الأول — في الشرط والأجل .

(١) ويتعدد الدائن والمدين ، في غير تضامن أيضاً ، في الدعوى المباشرة هل النحو الذي يبناه عند الكلام في هذه الدعوى (الوسيط ٢ فقرة ٦٣ وما بعدها) ، والوصف في هذه الحالة مصدره القانون .

(٢) والوصف أمر عارض (accidental) يضاف إلى الالتزام به أن يستوفى هذا أركانه . فلو رفع عنه لارتفع دون أن يزول الالتزام ، بل يبقى دون وصف في صورته البسيطة . فلو مس الوصف ركناً من أركان الالتزام لما كان أمراً عارضاً ولزال الالتزام بزواله ، فلا يعتبر وصفاً . ويرتقب هل ذلك : (١) أن السبب إذا لم يوجد في الالتزام المجرد (obligation abstraite) فليس هذا وصفاً ، إذ أن الأمر متعلق بركن في الالتزام . (٢) إن العقود الزمنية — كعقد الإيجار وعقد العمل وعقد التوريد — ليست عقوداً موصوفة ، لأن الزمن عنصر من عناصر المحل ، والوصف لا يكون عنصراً في الركن بل هو عنصر عارض كما قلنا .

الباب الثاني - في تعدد محل الالتزام : الالتزام متعددة المحل ، والالتزام التخييري ، والالتزام الببلي .

الباب الثالث - في تعدد طرفي الالتزام : التعدد يغير تضامن ، والتعدد بطريق التضامن ، وعدم القابلية للانقسام (١) .

(١) وقد رأينا في مستهل الجزء الثاني من الوسيط ، عند الكلام في إقامة نظرية الالتزام على فكرة التصرف القانوني والواقعة المادية ، أن ترتيب البحث على هذا الأساس يجعلنا نعالج أوصاف الالتزام في باب أركان التصرف القانوني ، ويكون كل من الشرط والأجل والتضامن وعلم القابلية للانقسام وصفاً من أوصاف الإرادة ، كما يكون بحث الالتزام التخييري والالتزام الببلي عند الكلام في المحل ونطده (الوسيط ٢ ص ٤) . ولكن يلاحظ على هذا الترتيب أن الأوصاف المتقدمة الذكر لا تلحق الالتزام الإرادي وحده ، بل هي أيضاً تلحق الالتزام غير الإرادي . فالأولى إذن أن تبقى أوصاف الالتزام في نطاق نظرية الالتزام في ذاته ، لا أن تنقل إلى نظرية التصرف القانوني ، ما دامت هذه الأوصاف تلحق الالتزام أيّاً كان مصدره ، تصرفاً قانونياً كان هذا المصدر أو واقعة مادية .

على أنه يوجب أن يكون الشرط والأجل وصفين في الالتزام الإرادي دون غيره . ومن ثم ذهب فريق من الفقهاء إلى أن الشرط والأجل هما قيدان على أثر الإرادة ، فيكونان جزءاً منها . وفي هذا يجوز لا محل له . والصحيح أن كل التزام إرادي هو التزام أريد في أركانه الثلاثة وفي عناصره المارضة ، فالشرط والأجل ، كالمحل والسبب ، ليست أجزاء من الإرادة ، بل هي عناصر مستقلة عنها ، والإرادة تتعلق بها جميعاً .

البحث الأول

الشرط والأجل

٣ - التقنين المدنى الجديد والتقنين المدنى السابق : احتوى التقنين المدنى الجديد على نصوص عدة فى كل من الشرط والأجل .

فقد عالج الشرط ، فى المواد من ٢٦٥ إلى ٢٧٠ ، علاجاً إذا كان قد اقتصر فيه على القواعد الأساسية ، فقد رتب هذه القواعد ترتيباً منطقياً وأحكم وضعها ، ولكنه لم يخرج فيما وضعه من القواعد عما احتواه التقنين المدنى السابق . وقد استبقى التقنين الجديد التصور اللاتينى للشرط ، لاسيما فيما يتعلق بأثره الرجعى .

وعالج الأجل ، فى المواد من ٢٧١ إلى ٢٧٤ ، علاجاً ضبط به حدود أحكام الأجل ، وهذب فى نصوص التقنين السابق ، وكانت هذه أكثر اقتضاباً فيما يتعلق بالأجل منها فيما يتعلق بالشرط . فأزال التقنين الجديد فى نصوصه ما علق بالنصوص القديمة من عوض وإبهاام ، لاسيما فى أسباب انقضاء الأجل ، وفى تعجيل الوفاء بالدين ، وفيما جرى به العرف من الدفع عند المقدرة أو الميسرة (١) .

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « خلا التقنين المصرى الراهن (السابق) إلا من قلة من النصوص بشأن الشرط . وقد أسهب المشروع فى هذا الصدد ، رغم اختصاره على القواعد الأساسية وأخذ كثيراً من الأحكام من المشروع الفرنسى الإيطالى ، وقد أتبع له بذلك أن يبقى على التصور اللاتينى لفكرة الشرط ، ولا سيما فيما يتعلق باستناد أثره . ولم يتحدث المشروع شيئاً جوهرياً فيما يتعلق بالأجل . ومع ذلك فهو لم يفل فى هذه الناحية عن ضبط حدود بعض الأحكام ضبطاً ينطوى بنير شك على تحسين أو تهذيب فى نصوص التقنين الراهن (السابق) ، وهى بعد أكثر اقتضاباً فيما يتعلق بالأجل منها فيما يتعلق بالشرط . فلم يفرد هذا التقنين لأحكام الأجل سوى نصين قاصرئين آيتين ، لا يلح فيهما أثر لكلف أو التناية أو بمرض صورة جامعة كاملة المعام . وقد تناول المشروع هذه =

والشرط هو أمر مستقبلي غير محقق الوقوع ، يترتب على وقوعه وجود الالتزام أو زواله . فإذا كان وجود الالتزام هو المترتب على وقوع الشرط ، كان الشرط واقعاً . أما إذا كان الالتزام قد وجد فعلاً وكان زواله هو المترتب على وقوع الشرط ، كان الشرط فاسخاً .

والأجل هو أمر مستقبلي محقق الوقوع ، يترتب على وقوعه نفاذ الالتزام أو انقضاؤه . فإذا كان نفاذ الالتزام هو المترتب على حلول الأجل ، كان الأجل واقعاً . أما إذا كان الالتزام قد صار نافذاً فعلاً وكان زواله هو المترتب على حلول الأجل ، كان الأجل فاسخاً .

فالفرق الجوهرى ما بين الشرط والأجل هو إذن تحقق الوقوع ، وعدم تحققه : كلاهما أمر يقع في المستقبل (١) ، ولكن الأجل محقق الوقوع ، أما الشرط فوقعه غير محقق (٢) .

وتتناول في فصلين متعاقبين الشرط والأجل .

— الأحكام ، ونهج في تنظيمها نهجاً منطقياً . وحرص كذلك لطائفة من المسائل لم تمن النصوص القائمة بإزالة ما يكتنفها من الشك والابهام . وأخص هذه المسائل أسباب انقضاء الأجل وتجهيل الوفاء بالدين وما جرى به العرف من الاتفاق على اللغو عند المقدرة أو الميسرة ، (مجموعة الأعمال التصديرية ٣ ص ٥) .

(١) وكل من للشرط والأجل هو التناقل التي يطل منها النظام القانوني على المستقبل ، فالنشاط القانوني لا يستطيع أن يقتصر على الحاضر ، بل لابد أن يمتد إلى المستقبل . فإن أبسط حاجات الإنسان تقتضى منه ذلك ، وتقدمه إليه دفعاً . وكثير من العلاقات القانونية لا يمكن البت فيها إلا في ظروف وملابسات غير محددة ، والمستقبل وحده هو الذى يكشف عنها . ولا يصل القانون إلى تحقيق ذلك إلا عن طريق الشرط والأجل ، فكلاهما أمر مستقبلي يرد إليه مصير العلاقات القانونية ، وعن هذا الطريق يستطيع الإنسان أن يتحكم في المستقبل (أنظر في هذا المعنى أرنج في روح القانون للرومان ٤ ص ١٦٢ - ص ١٦٣) .

(٢) الموجز للمؤلف فقرة ٤٦٥ - ص ٤٧٢ .

الفصل الأول

الشرط (*)

(La Condition)

٤ - قيام الشرط والالتزام التي تترتب عليه : تبحث في الشرط
أمرين :

(أولاً) قيام الشرط ، ونعني بذلك : (١) مقومات الشرط (٢) نوعي
الشرط الواقع والفاسخ (٣) المصير المنشئ للشرط وأى الحقوق يلحقها
وصف الشرط .

(ثانياً) ما يترتب على الشرط بعد قيامه من الآثار .

(*) مراجع : أوبرى ورو (Aubry et Rau) وبارتآن (Bartin) طبعة سادسة ؛
فقرة ٣٠٢ ص ٨٧ — ص ١٢٤ — بودرى وبارد (Baudry et Barde) طبعة ثانية ٢
فقرة ٧٤٣ — فقرة ٩٦٧ — بنكاز (Bonnetcase) ، فقرة ٩٢٩ وما بعدها — بلانيول
وريبير وجابوللد (Planiol, Ripert et Gabolde) طبعة ثانية ٧ فقرة ١٠٢٤ — فقرة ١٠٤٦ —
بيدآن ولاجار (Bédant et Lagarde) طبعة ثانية ٨ فقرة ٧٢٣ — فقرة ٧٦٢ وفقرة ٧٧٨ —
فقرة ٧٩٦ — جان دى جارد دى لا ميشيني (Jean du Gurreau de la Méchenie)
في أنسيكلويدى دالوز (Encyclopédie Dalloz) ١ لفظ (Condition) .
بارتآن (Bartin) في نظرية الشروط المستحيلة وغير المشروعة والمخالفة للآداب رسالة من
باريس سنة ١٨٨٧ — ليلتييه (Lepelletier) في الشروط المستحيلة وغير المشروعة والمخالفة
للآداب رسالة من باريس سنة ١٨٨٩ — لوتر (Leloutre) رسالة من كان سنة ١٩٠٤ —
دى لوان (De Loynes) في الملكية المعلقة على شرط فاسخ رسالة من باريس سنة ١٩٠٨ —
إيجو (Eygont) في الآثار الرجعية لتحقيق الشرط رسالة من باريس سنة ١٩٢٢ — تهودوسكو
(Théodoreco) في نظرية الشرط الإداري في عقود المعارضة رسالة من باريس سنة ١٩٢٣ —
فلدرمان (Filderman) رجعية الشرط في الاتفاقات رسالة من باريس سنة ١٩٣٥ .
وعند الإشارة إلى المؤلفات التي تكرر طبعتها نشير إلى التي ذكرناها هنا .

الفرع الأول

قيام الشرط

المبحث الأول

مقومات الشرط

٥ - **النصوص القانونية :** تنص المادة ٢٦٥ من التقنين المدني على ما يأتي :
« يكون الالتزام معلقاً على شرط إذا كان وجوده أو زواله مترتباً على أمر مستقبل غير محقق الوقوع » .

وتنص المادة ٢٦٦ على ما يأتي :

١ - « لا يكون الالتزام قائماً إذا علق على شرط غير ممكن أو على شرط مخالف للأداب أو النظام العام ، هذا إذا كان الشرط واقعاً . أما إذا كان فاسخاً ، فهو نفسه الذي يعتبر غير قائم »

٢ - « ومع ذلك لا يقوم الالتزام الذي علق على شرط فاسخ مخالف للأداب أو للنظام العام ، إذا كان هذا الشرط هو السبب الدافع للالتزام » .

وتنص المادة ٢٦٧ على ما يأتي :

« لا يكون الالتزام قائماً إذا علق على شرط واقف يجعل وجود الالتزام متوقفاً على محض إرادة الملتزم » (١).

(١) تاريخ النصوص :

٢٦٥ : ورد هذا النص في المادة ٣٨٥ من المشروع التمهيدى على الوجه الذى استقر به فى التقنين المدنى الجديد . وأقرته لجنة المراجعة ، وأصبح المادة ٢٧٧ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم المادة ٣٦٥ (مجموعة الأعمال التوضيحية ٣ ص ٦ — ص ٨) .

٢٦٦ : ورد هذا النص ٣٨٦ من المشروع التمهيدى على الوجه الذى استقر به فى التقنين المدنى الجديد . وأقرته لجنة المراجعة ، وأصبح المادة ٢٧٨ فى المشروع النهائى . =

وتقابل هذه النصوص في التفتين المدنى السابق المادة ١٠٣/١٥٧ (١) .
وتقابل في التفتينات المدنية العربية الأخرى : في التفتين المدنى السوري
المواد ٢٦٥ - ٢٦٧ - وفي التفتين المدنى الليبي المواد ٢٥٢ - ٢٥٤ - وفي التفتين
المدنى العراقى المواد ٢٨٥ - ٢٨٧ وفي تفتين الموجبات والعقود البنائى
المواد ٨١ - ٨٧ (٢) .

= ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس للشيوخ تحت رقم المادة ٢٦٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣
ص ٨ - ص ١٠) .

م ٢٦٧ : ورد هذا النص في المادة ٣٨٧ من المشروع التمهيدى على الوجه الذى استقر به
في التفتين المدنى الجديد . وأقرته لجنة المراجعة ، وأصبح المادة ٢٧٩ في المشروع النهاى .
ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم المادة ٢٦٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣
ص ١١ - ص ١٣) .

(١) التفتين المدنى السابق م ١٠٣/١٥٧ : يجوز أن يكون التمسك مطلقاً على أمر مستقبل
أو غير محقق يترتب على وقوعه أو عدمه وجود ذلك التمسك أو تأييده أو منع وجوده أو زواله .
(ويلاحظ أن هذا المادى الوارد في هذا النص من أن التمسك المشروط هو الذى يكون معلقاً
على أمر مستقبل أو غير محقق . والصحيح أنه يكون مطلقاً على أمر مستقبل غير محقق . وقد
تجنب التفتين المدنى الجديد هذا الخطأ المادى ، فلم يطف الاستقبال على عدم تحقق الوقوع
« بلو » ، بل جمع بين الوصفين للأصلح عن وجوب تلازمهما : المذكرة الإيضاحية في مجموعة
الأعمال التحضيرية ٣ ص ٧ - الموجز المؤلف فقرة ٤٦٥ - والتون ٢ ص ٣٤٠ -
استئناف غلط أول مايو سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢٣٢) .

(٢) التفتينات المدنية العربية الأخرى :

التفتين المدنى السوري م ٢٦٥ - ٢٦٧ (مطابقة للمواد ٦٥ - ٢٦٧ من التفتين
المدنى المصرى) .

التفتين المدنى الليبي م ٢٥٢ - ٢٥٤ (مطابقة للمواد ٢٦٥ - ٢٦٧ من التفتين
المدنى المصرى) .

التفتين المدنى العراقى م ٢٨٥ : المقدم المنجز ما كان بصيغة مطلقة غير معلقة على شرط
ولا مضافة إلى وقت مستقبل ، ويقع حكمه في الحال .

م ٢٨٦ - ١ : المقدم المعلق هو ما كان معلقاً على شرط واقف أو فاسخ . ٢ : ويشترط
لصحة التعليق أن يكون مدلول فعل الشرط ممدوماً على خطر الوجود ، لا محققاً ولا مستحيلاً .
م ٢٨٧ - ١ : إذا حلق المقدم على شرط مخالف للنظام المسام أو الآداب ، كان باطلاً إذا
كان هذا الشرط واقعاً ، فإن كان فاسخاً كان الشرط نفسه نفواً غير معتبر . ٢ : ومع ذلك
يبطل المقدم الذى حلق على شرط فاسخ مخالف للآداب أو النظام المسام إذا كان هذا الشرط هو
السبب الدافع للمقدم .

(ولا فرق في الأحكام ما بين التفتين المصرى والعراقى ، غير إن أسلوب التفتين العراقى
مقتبس من تغييرات الفقه الإسلامى ، ولم يرد في التفتين العراقى نص في الشرط الإرادى المحض) . =

ويستخلص من النصوص المتقدمة الذكر أن للشرط مقومات ثلاثة: (١) فهو

م ٨١ : تقتين الموجبات والمقود البتاني م ٨١ : الشرط عارض مستحيل غير مؤكدة يتعلق عليه تولد الموجب أو سقوطه ، ويكون له مفعول رجى إلا إذا تحصل العكس من مشيئة الفريقين أو من ماهية الموجب . وفي الحالة الأولى للشار إليها في الفقرة السابقة يقال له شرط التعليق ، وفي الحالة الثانية يسمى شرط الإلغاء . إن المارض الماضي أو الحاضر ، وإن جهله للفريقان ، لا يهد شرطاً بالمعنى المقصود في هذه المادة .

م ٨٢ : إن اشتراط الشيء المستحيل أو المخالف للآداب أو للقانون باطل وبطلان للاتفاق المطلق عليه . وإن صيرورة الشرط ممكناً فيما بعد من الوجه المادى أو الوجه القانونى لا يجعل الاتفاق صحيحاً . بيد أن الأمر يكون خلاف ذلك ، أى أن الشرط المستحيل أو غير المباح يمد كأنه لم يكتب ، إذا كان للفريقان لم يحصل له شأنًا جازماً ولم يكن له في التصاقد شأن السبب النافع الحامل على إنشاء الموجب .

م ٨٣ : باطل كل شرط من شأنه أن يفيد أو يمنع استعمال الحقوق المختصة بكل إنسان كاستعمال حقوقه في الزواج أو حقوقه المدنية . غير أن هذا الحكم لا يبرى على الحالة التى يمس فيها أحد الفريقين نفسه من عارضة صناعة أو مهنة ما في زمن معين أو مكان محدد . إما شرط بقاء الترميل فيكون صحيحاً إذا وجد ما يصوبه من الأسباب المشروعة ، وحق تقديرها يعود إلى القاضي .

م ٨٤ : يكون الموجب باطلاً إذا جعل وجوده موقوفاً على إرادة الموجب عليه وحلها (وهو الشرط الإرادى المحض) . غير أنه يحق للفريقين أو لأحدهما أن يحفظ لنفسه حق التصريح في مهلة معينة بأنه يريد البقاء على العقد أو فسخه . وهذا التحفظ لا يجوز اختراطة في الاعتراف بالدين ولا في الهبة ولا في إسقاط الدين ولا في بيع السلم .

م ٨٥ : إذا لم تعين المهلة في الحالة المتصوص عليها في المادة السابقة ، فكل فريق يمكنه أن يوجب على الفريق الآخر التصريح بقراره في مهلة كافية . وإذا انقضت المهلة ولم يصرح ذلك الفريق برغبته في فسخ العقد ، أصبح العقد نهائياً من تاريخ انقضائه . وإذا صرح جلياً للفريق الآخر برغبته في فسخ العقد ، عد الاتفاق كأنه لم يكن .

م ٨٦ : إذا تولى قبل انقضاء المهلة الفريق الذى احتفظ بنفسه بحق الفسخ ولم يكن قد أفسح من مشيئته ، كان لورثته الحق في إبقاء العقد أو فسخه في المدة التى كانت باقية لورثتهم . وإذا انحلت الورثة فالذين يريدون إبقاء على العقد لا يمكنهم إجبار الآخرين على قبوله ، ولكن لهم أن يتخذوا العقد كله لحسابهم الخاص .

م ٨٧ : إذا جن الفريق الذى احتفظ لنفسه بحق الفسخ أو فقد الأهلية الشرعية بسبب آخر ، فالحكمة ، بنسب على طلب الفريق الآخر أو غيره من ذوي العلاقة ، تعيين وصياً خاصاً لهذا الفرس ، فيقرر بتوقيع من المحكمة ما إذا كان هناك عمل لقبول العقد أو لفسخه حسبما تقتضيه مصلحة فاقد الأهلية . أما في حالة الإفلاس فيقول الوصاية حتماً وكيل التفليس أو غيره من مثل جماعة الدائنين .

(والأحكام المقررة في التقتين البتاني تنطبق في مجملها مع الأحكام المقررة في التقتين المصرى ، غير أن التقتين البتاني جاء أكثر أفضاضاً في التفصيلات على ما رأينا ، ولا سيما فيما يعرف في اللغة الإسلاسي بخيار الشرط ، فقد نظمته تنظيمياً تشريعياً مستظيفاً) .

أمر مستقبل (٢) غير محقق الوقوع (٣) وغير مخالف للنظام العام ولا للأداب . وهناك مقوم رابع ، هو أن الشرط أمر عارض إضافي يمكن تصور الالتزام ببلونه . وهذه ظاهرة عامة في أوصاف الالتزام ، ولكننا أثّرنا أن نذكرها في الشرط لأهميتها بالنسبة إليه ، إذ هي التي تميز بين الحق المشروط والحق الاحتمالي . ونستعرض الآن هذه المقومات الأربعة .

١٥ - أمر مستقبل

٦ - يجب أنه يكون الشرط أمراً مستقبلياً : يجب أن يكون الشرط أمراً مستقبلياً (événement futur) . فإذا وعد شخص آخر بجائزة إذا عثر على مال له مفقود ، أو وعد أب ولده بجائزة إذا نجح في الامتحان ، أو وعد الأب ابنه بأن يهب له منزلاً إذا تزوج لبيء له أمر سكناه ، فكل من العثر على المال المفقود والنجاح في الامتحان والزواج أمر مستقبل ، ومن ثم كان كل من الالتزام بالجائزة أو الهبة التزاماً معلقاً على شرط ، إذ يتوقف وجوده على تحقق هذا الشرط .

وإذا أوصى زوج لزوجته بدار تسكنها على أن تتفرغ لتربية أولادها منه فلا تزوج بعده وإلا فسخت الوصية ، أو باع شخص أحد متجريه واشترط على المشتري أن يكون البيع مفسوخاً إذا نافسه في المتجر الآخر الذي استبقاه ، فكل من الزواج في المثل الأول ومن المنافسة في المثل الثاني أمر مستقبل ، ومن ثم كانت الالتزامات المترتبة على كل من الوصية والبيع معلقة على شرط ، إذ يتوقف زوالها على تحقق هذا الشرط .

٧ - لا يجوز أن يكون الشرط أمراً ماضياً أو حاضراً : فلا بد إذن أن يكون الشرط أمراً مستقبلياً . أما إذا كان أمراً ماضياً أو حاضراً فهو ليس بشرط ، حتى لو كان طرفا الالتزام مجهولان وقت التعامل ما إذا كان الأمر الماضى قد وقع أو لم يقع ، أو ما إذا كان الأمر الحاضر واقعاً أو غير واقع . فلو أن الواعد بالجائزة ، في المثل المتقدم ، وقت أن وعد بها كان الموعود له قد عثر

على المال المفقود ولا يعلم الواعد ذلك ، فالتزام الواعد بالجائزة التزام منجز غير معلق على شرط ، وهو واجب الوفاء في الحال . ولو أن الأب الذي وعده ابنه بجائزة إذا نجح في الامتحان كان وقت أن وعده بها لا يعلم أن نتيجة الامتحان قد ظهرت بالفعل وأن ابنه قد رسب ، فالتزام الأب باعطاء ابنه الجائزة التزام لم يوجد ولن يوجد ، فهو التزام غير موجود أصلاً منذ البداية وليس التزاماً معلقاً على شرط . ولو أن الأب وقت أن وعده ابنه بأن يجب له منزلاً إذا تزوج كان لا يعلم أن ابنه قد تزوج فعلاً ، فالتزام الأب بالهبة يكون التزاماً منجزاً غير معلق على شرط ، وهو واجب الوفاء في الحال (١) .

واعتماد الملتزم ، في الأمثلة المتقدمة ، أن التزامه معلق على شرط بينما هو التزام منجز ، بل اعتقاد الطرفين معاً ، المدين والدائن ، أن الشرط لم يتبين مآله بعد وأن الالتزام معلق على شرط ، لا يؤثر في أن الالتزام منجز لو كان

(١) قارب بودرى وبارد ٢ فقرة ٧٥٠ ص ٤ — وقد جاء في المذكرة للإيضاحية للشرح التمهيدى في هذا الصدد : « فإذا خلق الالتزام على أمر تم وقوعه من قبل ، ترتب الالتزام منجزاً لا مطلقاً ، ولو كان المتعاقدان على جهل بملك : أنظر المادة ١١٨١ فرنسى والمادة ٨١ لبنانى » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٧) .

وقد كان للتفتين المدنى السابق (٣٠٧/٢٤١ م) يجعل الملاك على المشتري إذا كان المبيع مما يوزن أو يمد أو يكال أو يقاس ، ووزن أو عد أو قيل أو قيس ولو قبل تسليمه إلى المشتري . وقد كان هذا الحكم شاذاً ، إذ كان يخرج من القاعدة العامة التي تقتضى بأن ملك المبيع قبل التسليم على البائع لا على المشتري . وقد أزال التفتين الجديد هذا الشذوذ ، فجعل الملاك على البائع في الحالة التي نحن بصدد حلها . ومن ثم كانت هناك ، في التفتين المدنى السابق ، أهمية عملية لاعتبار الالتزام منجزاً إذا خلق على أمر غير مستحيل في الفرض الآتى (ونقله من الموجز ص ٤٧٣) : شخص يبيع لأخر مائة قنطار من القطن يؤخذ من مخزنه ، ويمثل التزامه على صدور قانون بجواز زراعة القطن في نصف التزام ، ويكون هذا القانون قد صدر فعلاً وقت البيع وهو مجهول ذلك . في مثل هذا الفرض يكون التزام البائع — وقد خلق على شرط قد تم من قبل — التزاماً منجزاً ، فلو احترق القطن بعد وزنه وقيل وتسليمه للمشتري يكون الملاك على المشتري (٣٠٧/٢٤١ م) من التفتين المدنى السابق) . أما إذا كان القانون لم يصدر إلى يوم إحراق القطن ، فإن الملاك يكون على البائع ، لأن التزامه يكون مطلقاً على شرط هو صدور القانون وقد صار الوفاء بالالتزام مستحيلاً قبل تحقق الشرط ، فلا يكون لتحقق الشرط بعد ذلك تأثير (١٦٠/١٠٦ م) من التفتين المدنى السابق) — قارب كولان وكايجان ، فقرة ٦٤٧ .

هذا الأمر قد تحقق فعلاً قبل وجود الالتزام ، أو في أن الالتزام غير موجود أصلاً لو كان هذا الأمر لم يتحقق (٢) .

٨ - قد يكون الأمر المستقبلي أمراً إيجابياً أو أمراً سلبياً - والأمر المستقبلي الذي ينطوي عليه الشرط قد يكون أمراً إيجابياً أو أمراً سلبياً . فالأب الذي التزم بأن يهب ابنه داراً إذا تزوج قد علق التزامه على شرط هو زواج ابنه ، وهذا أمر إيجابي . والزوج الذي يوصي لامراته بدار على شرط ألا تزوج بعده قد علق الوصية على شرط هو عدم زواج امرأته ، وهذا أمر سلبى .

ولا فرق في الحكم بين ما إذا كان الشرط أمراً إيجابياً أو أمراً سلبياً ، ولا يكاد يكون للفرقة أهمية عملية ألا من ناحية تقدير الوقت الذي يعتبر فيه الشرط قد تحقق أو تخلف . ففي الشرط الإيجابي تحدد عادة مدة قصيرة إذا لم يتحقق الشرط فيها اعتبر متخلفاً ، وفي الشرط السلبى تكون المدة عادة طويلة فالزوجة الموصى لها بالدار بشرط ألا تزوج بعد موت زوجها عليها ألا تزوج طول حياتها .

على أن الأمر الواحد - كما يقول بودرى وبارد (٢) - قد تكون له ناحية إيجابية وناحية سلبية وهو لم يتغير ، فيستطاع وضعه في صورة شرط إيجابي أو في صورة شرط سلبى . فإذا التزم شخص لآخر ، وعلق التزامه على شرط هو أن يعيش الملتزم له خارج مدينة القاهرة حتى يبعده عن ملاحها ، فقد وضع الشرط في صورة أمر إيجابي . ويستطيع أن يضع نفس الشرط في صورة أمر سلبى إذا اشترط على الملتزم له ألا يعيش في مدينة القاهرة .

(١) لكن إذا علم للطرفان أن الشرط قد تحقق أو هو متحقق ، ومع ذلك علقا الالتزام عليه باعتبار أنه قد يقع مرة أخرى في المستقبل ، وكانا راغبين في هذا الظن إذ أن الأمر لن يقع بعد ذلك ، فإن الشرط يكون في هذه الحالة أمراً مستحيلاً (أوبرى ورو ، ٤ فقرة ٣٠٢ ص ٩٠ هامش رقم ٦) .

(٢) ٢ فقرة ٧٧٦ - وانظر أيضاً ديولوب ٢٥ فقرة ٢٨٣ - فقرة ٢٨٤ .

٢٩ - غير محقق الوقوع

٩ - يجب أنه يكون الشرط غير محقق الوقوع : تقول الفقرة الأولى من المادة ٢٨٦ من التقنين المدني العراقي : « يشترط لصحة التعليق أن يكون مدلول فعل الشرط معلوماً على خطر الوجود ، لا محققاً ولا مستحيلاً » . وهذا تعبير استعبر من الفقه الإسلامى لهذا المقوم من مقومات الشرط . فالشرط يجب أن يكون أمراً غير محقق الوقوع ، وهذا الشك في وقوع الأمر هو لب الشرط والصميم فيه .

فاذا كان الأمر محقق الوقوع ، فانه لا يكون شرطاً . وكذلك لا يكون شرطاً أمر مستحيل الوقوع . وإنما يكون الشرط أمراً محتمل الوقوع ، لا محققاً ولا مستحيلاً (١).

١٠ - لا يكون شرطاً الأمر محقق الوقوع : فاذا كان الأمر مستتباً ولكنه محقق الوقوع ، فانه لا يكون شرطاً ، بل يكون أجلاً كما سبق القول . فاذا أضاف الملتزم التزامه إلى موسم الحصاد ، كان الالتزام مقترناً بأجل لامتعلقاً على شرط ، لأن موسم الحصاد في المألوف من شؤون الدنيا لا بد آت ، فالأمر هنا محقق الوقوع ، فيكون أجلاً لا شرطاً .

(١) فاذا كان التصهد معلقاً نفاذه على حادث في استطاعة كل من المتعاقدين أن يوجد أو يمنعه ، لم يكن هذا الحادث شرطاً (محكمة الاستئناف الأهلية) ماير سنة ١٩٠٥ المحاكم ١٦ ص ٣٤٩٩ — ٢٠ يناير سنة ١٩١٥ الحقوق ٢٠ ص ١٧٠) .
والاقتفاق على أن يكون ميماد استحقاق الكيالة هو اليوم التالى لمغادرة سفينة الميناء هو اتفاق معلق على شرط لامضاف إلى أجل ، لأن مغادرة السفينة الميناء أمر لا يمكن البت في وقوعه بتأ مطلقاً (محكمة الاستئناف المختلطة ٩ يناير سنة ١٩٢٨ سيره ١٩٢٩ — ٤ — ٦) .
والاقتفاق على أن يكون سريان وثيقة التأمين هو اليوم التالى لدفع القسط الأول اتفاق معلق على شرط . ويرتب على ذلك أن مبلغ التأمين يكون مستحقاً إذا وقع الحادث المؤمن عليه قبل دفع القسط الأول ، إذا ثبت أن التأخر في دفع هذا القسط كان جأ عن خطأ من شركة التأمين نفسها . ذلك لأن تظلف الشرط كان خطأ المدين ، فيعتبر الشرط متحققاً ويكون مبلغ التأمين مستحقاً (انظر ما يلى فقرة ٤٣ — وقارن بيدان ولا جارد ٨ ص ٥٢٣ هلمش رقم ٢) .

ويكون الأمر محقق الوقوع أجلاً حتى لو لم يكن موعد وقوعه محققاً ، كالموت . فإذا التزم المشتري بأن يدفع للبائع ثمناً هو إيراد مرتب طول حياته ، فقد جعل المشتري لالتزامه أجلاً فاسخاً هو موت البائع ، والموت أمر محقق وإن كان لا يعرف متى يقع . والتزام شركة التأمين على الحياة بأن تدفع مبلغ التأمين إلى ورثة المؤمن عليه عند موته هو التزام مضاف إلى أجل واقف لامعلق على شرط واقف (١) .

على أن الموت قد يكون شرطاً إذا اقترن بملاسات تجعله غير محقق الوقوع في نطاق هذه الملاسات . فإذا وهب شخص داراً لاثنين على التعاقب بشرط ألا تنتقل الدار إلى الثاني إلا إذا عاش بعد موت الأول ، فإن الهبة الأولى تكون معلقة على شرط فاسخ هو أن يموت الموهوب له الأول قبل موت الموهوب له الثاني ، وتكون الهبة الثانية معلقة على شرط واقف هو أن يعيش الموهوب له الثاني بعد موت الموهوب له الأول . فالموت في هاتين الهبتين شرط لا أجل ، إذ اقترن بملاسات جعلته في كل منهما غير محقق الوقوع . هو محقق الوقوع في ذاته ، ولكن أن يموت أحد الموهوبين لما قبل الآخر هذا هو الأمر غير محقق الوقوع ، فيصبح الموت في نطاق هذه الملاسات شرطاً لا أجلاً .

١١ - لا يكون شرطاً الأمر مستحيل الوقوع : كذلك لا يكون شرطاً

الأمر مستحيل الوقوع . فإذا علق الملتزم وجود التزامه على أمر مستحيل استحالة مطلقة ، فإن الالتزام لا يوجد أصلاً . ويجب أن تكون الاستحالة مطلقة ، أي أن يستحيل تحقق الشرط بالوسائل المعروفة للإنسان . فإذا وعد شخص آخر بإعطائه جائزة إذا وصل إلى القمر كانت هذه الاستحالة مطلقة ، لأن وسائل الطيران المعروفة حتى اليوم تعجز عجزاً مطلقاً عن الوصول إلى القمر ، وإن كان العلماء يتحدثون عن إمكان ذلك في المستقبل .

أما إذا كانت الاستحالة نسبية فإنها لا تعيب الالتزام ، بل يكون في هذه الحالة قائماً يتوقف وجوده أو زواله على تحقق الشرط . وتعتبر الاستحالة نسبية إذا غلب على الظن أن تقدم المعارف البشرية تجعل الشرط غير مستحيل الوقوع ،

وإن كان لم يقع حتى اليوم . فيجوز لشخص أو لهيئة أن تعد بمنع جائزة ، إذا استطاع الموعود له أن يجد علاجاً لبعض الأمراض المستعصية التي يوجد لها علاج حتى اليوم .

وكما تكون الاستحالة طبيعية كما رأينا في الأمثلة المتقدمة ، قد تكون أيضاً قانونية (١) . فالالتزام المعلق على شرط أن يبيع المشتري عليه تركة مستقبلية ، أو على شرط أن يتزوج محرماً ، أو على شرط أن يطلق زوجته إذا كان الطلاق غير جائز في شريعته ، لا يكون التزاماً قائماً ، لأنه علق على شرط مستحيل استحالة مطلقة . والاستحالة هنا استحالة قانونية لا استحالة طبيعية ، إذ بيع التركة المستقبلية باطل ، وباطل كذلك الزواج من المحرم ، والطلاق محرم في شريعة المشتري عليه (٢) .

١٢ - **الشرط الإرادي** : وهناك شرط ممكن الوقوع ، ولكن وقوعه يتعلق بإرادة أحد طرفي الالتزام ، الدائن أو المدين . ذلك أن الشرط - من حيث تعلقه بإرادة طرفي الالتزام - قد يكون شرطاً لا علاقة له بهذه الإرادة أصلاً ، فهو شرط متروك للصدقة (condition casuelle) ، مثل ذلك تعليق الالتزام على

(١) فن التزم بإعطاء جائزة لسائح إذا عبر المحيط سباحة يكون قد علق التزامه على شرط مستحيل استحالة مادية ، ومن التزم بإعطاء سمرة لشخص إذا باع له عيناً موقوفة يكون قد علق التزامه على شرط مستحيل استحالة قانونية (الموجز للمؤلف فقرة ٤٧٠ ص ٤٧٥) . كذلك إذا اشترط شخص على آخر أن يأخذ مقاراً بالشفعة ولم يكن المشتري عليه من الشفعاء ، فإن الشرط يكون مستحيلاً استحالة قانونية .

وإذا كان عبور المحيط سباحة يمد مستحيلاً استحالة مطلقة ، فإن عبور المائش سباحة لا يمد مستحيلاً إذ عبوره كثيرون ، فإذا اشترط شخص على آخر من لا يجهدون السباحة كانت الاستحالة نسبية بالنسبة إلى المشتري إليه ، وكان الشرط صحيحاً . ومثل عبور المائش تساق جبل شائق .

(٢) وإذا كان الشرط وقت اشتراطه ممكناً ، ثم أصبح يمد ذلك مستحيلاً ، فإنه يكون شرطاً صحيحاً قد تخلف (أوبري ورو ٤ فقرة ٣٠٢ ص ٩٢ - لوران ١٧ فقرة ٤٢ - هيك ٧ فقرة ٢٤٧ - بودرى وبارد ٢ فقرة ٧٥٧) .

كذلك إذا كان الشرط مستحيلاً وقت اشتراطه ولكنه يصبح ممكناً في ظروف من المؤلف توقعها ، فإن المفروض أن المشتري نظر إلى احتمال تحقق هذه الظروف ، فيكون الشرط في هذه الحالة صحيحاً (بودرى وبارد ٢ فقرة ٧٥٨) .

(٢ م - الوسيط)

شرط وصول الطائرة سليمة إلى مطار الوصول . وقد يكون شرطاً متعلقاً بارادة أحد طرفي الالتزام (condition potestative) ، كالزواج فهو متعلق بارادة من يشترط عليه الزواج . وقد يكون شرطاً مختلطاً (condition mixte) يتعلق بارادة أحد طرفي الالتزام وبعامل خارجي معها كمجرد الصدفة أو إرادة الغير ، وذلك كالزواج من شخص معين فهذا شرط متعلق بارادة من اشترط عليه الزواج وبارادة من اشترط الزواج منه (١).

وكل من الشرط المتروك للصدفة والشرط المختلط شرط صحيح ، لأنه أمر لاهو بحقق الوقوع ولاهو مستحيل الوقوع ، إذ أن وقوعه لايتعلق بمحض إرادة تحكمية ، وهو حتى إذا تعلق بارادة أحد طرفي الالتزام فإنه في الوقت ذاته يتعلق بأمر خارج عن هذه الإرادة يجعل وقوعه محتملاً ، لا محققاً ولا مستحيلاً.

أما الشرط الإرادي فهو إما أن يكون شرطاً إرادياً بسيطاً (condition simplement potestative) أو شرطاً إرادياً محضاً (condition purement potestative) . فالشرط الإرادي البسيط يتعلق بارادة أحد طرفي الالتزام ، ولكن هذه الإرادة ليست مطلقة ، بل هي مقيدة بظروفها وملابساتها . فالزواج شرط إرادي يتعلق بارادة الدائن أو المدين ، ولكن إرادة المشرط عليه الزواج ليست مطلقة ، إذا الزوج أمر منحوط به الظروف والملابسات الاجتماعية والاقتصادية .

ويقال مثل ذلك عن شرط النجاح في الامتحان ، بل أن هذا الشرط يكاد يكون شرطاً مختلطاً فهو يتعلق بالإرادة وبظروف أخرى قد لا يكون للشخص سلطان عليها . ومن ثم يكون الشرط الإرادي البسيط شرطاً صحيحاً ، سواء تعلق بارادة الدائن أو بارادة المدين .

بقي الشرط الإرادي المحض ، وهذا إما أن يتعلق بمحض إرادة الدائن أو بمحض إرادة المدين . فان تعلق بمحض إرادة الدائن كان شرطاً صحيحاً ، وكان الالتزام قائماً معلقاً على إرادة الدائن ، إن شاء تقاضى المدين الشيء الذي ألزمه به ، وإن شاء أحله من التزامه . أما أن تعلق الشرط بمحض إرادة المدين ، فان كان

(١) أوبري ودو ٤ فقرة ٣٠٢ ص ٨٩ .

شرطاً فاسخاً، كأن يلتزم المدين حالاً ويجعل فسخ هذا الالتزام معلقاً على إرادته المحضة ، كان الشرط صحيحاً وكان الالتزام قائماً ، لأن الالتزام لم يعلق وجوده على محض إرادة المدين ، فهو إذن قد وجد ، وإنما استبقى المدين زمامه في يده ، إن شاء أبقاؤه وإن شاء فسخه (١) . وإن كان الشرط المتعلق بمحض إرادة المدين شرطاً واقفاً ، كأن يلتزم المدين إذا أراد ، أو يلتزم إذا رأى ذلك معقولاً أو مناسباً (٢) ،

(١) استئناف مخطوط ١١ أبريل سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢٤٠ — كفر الشيخ ١٦ مارس سنة ١٩٢٠ المجموعة الرسمية ٢٢ ص ٧٩ — كولان وكايتان ٢ فقرة ٥٦٠ — قارن السيكولوجي دالوز ١ لفظ Condition فقرة ١٦ .

(٢) أما إذا التزم شخص على أن يكون الالتزام في حدود معقولة ، فإن هذا الشرط لا يكون إرادياً لأن تعيين الحدود المعقولة للالتزام يترك لتقدير القاضي (ديرانسون ١١ فقرة ٢٣ — لا رومبيير ٢ م ١١٧٤ فقرة ٣ — ديمولوب ٢٥ فقرة ٣١٨ — والتون ٢ ص ٣٤٤) . فإذا التزم صاحب المتجر لمستهلمه أن ينفضه آخر العام مبلغاً على أن يترك تقدير هذا المبلغ لصاحب المتجر بميته وفقاً للمألوف وفي حدود معقولة ، لم يكن التزام صاحب المتجر معلقاً على شرط إرادي ، وعند اختلاف يتولى القاضي تعيين الحدود المعقولة لتقدير هذه النصفة (أوبري ورو ٤ فقرة ٣٠٢ ص ٩٦ — ٩٧) .

بل يجوز أن يعلق المدين ، في عقد ملزم للجانبين ، وجود التزامه على محض إرادته ، مادام الالتزام المقابل متوقفاً على وجود الالتزام الأول ، لأن المدين في هذه الحالة إذا شاء ألا يلتزم حرم من الالتزام المقابل ، فليس له إذن كامل الحرية في أن يلتزم أو ألا يلتزم . وعلى هذا يخرج بيع المذاق ، فالمشتري لا يلتزم بالثمن إلا إذا شاء بمحض إرادته ، ولكنه إذا شاء ألا يلتزم حرم من المبيع (أوبري ورو ٤ فقرة ٣٠٢ ص ٩٧) . ويلعب بودري وبارد في العقد الملزم للجانبين مذهباً آخر ، فيقولان إنه إذا التزم أحد المتعاقدين من جانبيه التزاماً مطلقاً على محض إرادته كان التزامه باطلاً ، أما الالتزام المقابل فيبقى صحيحاً ، فينقذ العقد في هذه الحالة ملزماً لجانب واحد لا ملزماً للجانبين . فإذا التزم البائع أن يبيع ، والتزم المشتري أن يشتري إذا أراد ، فإن التزام البائع ينقذ صحيحاً ، ويبطل التزام المشتري لتعلقه على محض إرادته ، فينقذ العقد ملزماً لجانب واحد ويكون في حقيقته وعداً بالبائع . على أن المشتري لا يستطيع في هذه الحالة أن يتقاضى من البائع التزامه إلا إذا قام هو من جانبه بالتزامه الذي علقه على محض إرادته ، فيعود العقد إذا أريد تنفيذه عقداً ملزماً للجانبين (بودري وبارد ٢ فقرة ٧٨٢) . ونلاحظ على هذا التحليل أن هناك فرقاً بين عقد ملزم للجانبين أحد الالتزامين فيه معلق على محض إرادة المدين كبيع المذاق ، وبين عقد ملزم لجانب واحد كالوعد بالبائع . فيبيع المذاق ينقذ التزاماً يدفع الثمن في جانب المشتري ، وإذا كان هذا الالتزام معلقاً على محض إرادته إلا أنه الالتزام صحيح إذا شاء ألا يحرم من البيع ، فإذا أراد المشتري استبقاء الصفقة انقذت من وقت البيع . وهذا بخلاف الوعد بالبائع ، فهو لا يربط أي التزام في جانب المشتري وإنما ينقذ له حقاً متجزئاً ، وإذا أعلن المشتري إرادته في اتمام الصفقة انقذت ولكن من -

فهذا شرط يجعل عقدة الالتزام منحلة منذ البداية ، إذ أن الالتزام قد خلق وجوده على محض إرادة المدين ، وإن شاء حقق الشرط ومن هنا يكون الشرط محقق الوقوع بمشيئة المدين ، وإن شاء جعله يتخلف ومن هنا يكون الشرط مستحيل الوقوع بمشيئة المدين أيضاً (١) . ومن ثم يكون هذا الشرط باطلاً ،

= وقت إعلان الإرادة لا من وقت الوعد بالبيع (انظر الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام ص ٢٥٤ هامش رقم ١) .

وإذا التزم شخص على أن يكون الوفاء عند ما يريد ، فإن الالتزام يكون صحيحاً لأنه ترتب في نفسه دون أن يتعلق ذلك بمحض إرادته ، أما معاد الوفاء فيكون أي يوم يختاره المدين قبل موته ، فإذا مات حل الدين ووجب الوفاء (وللتون ٢ ص ٣٤٤) . ومن باب أولى يكون الالتزام صحيحاً إذا اشترط المدين أن يكون الوفاء عند الميسرة . ويلاحظ أننا ، في القرضين المتفصيين ، يصعد أجل غير من لا يصعد شرط (انظر المادة ٢٧٢ مدني) . ويعين القاضي ، في القرض الثالي ، معاداً مناسباً لحلول الأجل ، مراعيًا في ذلك موارد المدين المالية والمستقلة ومقتضياً منه عناية الرجل الحرص على الوفاء بالآتزامه ، ويحل الأجل حينما يموت المدين (محكمة الاسكندرية الأهلية ٥ يناير سنة ١٩٣٢ المحاسبة ١١ ص ١٠٦٣ — منوف ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٨ المحاسبة ٩ ص ٩٠٢ — شين الكوم ٨ نوفمبر سنة ١٩٣٢ المحاسبة ١٣ ص ٩٠٥ — الموزج للمؤلف ص ٤٧٤ هامش رقم ١ — الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام بقرة ١٦٧) . وقد يرهق المتعاقدان أن تكون الميسرة شرطاً لا أجلاً ، فعند ذلك لا يستحق الدين إلا إذا أيسر المدين ، فلم يوسر حتى مات ميسراً ، فقد تخلف الشرط ولم يستحق الدين (الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام بقرة ١٦٧) . ونستعود إلى هذه المسألة بتفصيل أدنى فيما يلي (انظر بقرة ٥٤) .

(١) انظر في الشرط الإرادي المفسر : مصر الأهلية ١٨ يونيو سنة ١٨٩٠ الحقوق ٥ ص ١٣١ — المنيا ٢٦ يولية سنة ١٩٢١ المحاسبة ٣ ص ٤٧ — أجا ٢١ مايو سنة ١٩٢٥ المحاسبة ٩ ص ٥٣٧ — بجرجا ٢٥ ديسمبر سنة ١٩٢٦ المحاسبة ٨ ص ٥٨٦ — الاسكندرية مستعجل ٢٢ سبتمبر سنة ١٩٣٢ المحاسبة ١٣ ص ٥٨٥ — شين الكوم ٨ نوفمبر سنة ١٩٣٢ المحاسبة ١٣ ص ٩٠٥ — استئناف مخطط ٢٣ أبريل سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ٢٦١ — ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٣٤ م ٣٧ ص ٤٣ .

وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه يعتبر شرطاً إرادياً محضاً متعلقاً بإرادة المدين ، ومن ثم يكون باطلاً ، الاتفاق هل ألا يأخذ الوارث حقه من التركة إلا بعد توقيع عقد التسمية ما بين جميع الورثة ، فإنه يمكن أن يمنع أحد الورثة من توقيع عقد التسمية حتى يمنع على الوراث أن يأخذ حقه في التركة (استئناف مخطط ٢٢ فبراير سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ١٢٦) . وقضت أيضاً بأن اشتراط الوكيل بالمعولة أنه يشتري لحساب غيره وأنه يعلن إسم هذا الغير متى شاء ، يعتبر شرطاً إرادياً محضاً ، ومن ثم يكون باطلاً ، فإذا لم يعلن الوكيل بالمعولة إسم الغير كان هو المأثرم شخصياً (استئناف مخطط ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٦١ م ٢٩ ص ٢٢) .

ويسقط كل التزام معلق على شرط واقف هو محض إرادة المدين . وهذا ما تقرره المادة ٢٦٧ مدني ، إذا تقول كما رأينا : ولا يكون الالتزام قائماً إذا علق على شرط واقف يجعل وجود الالتزام متوقفاً على محض إرادة الملتزم (١).

§ ٣ - غير مخالف للنظام العام أو الآداب

١٣ - الشرط المخالف للنظام العام : وقد يكون الشرط مخالفاً للنظام العام ، فيكون في هذه الحالة باطلاً ولا يقوم الالتزام الذي علق وجوده عليه .

وأمثلة الشروط المخالفة للنظام العام كثيرة متنوعة . فإذا علق الملتزم التزامه على ألا يتزوج الدائن إطلاقاً ، كان الشرط مخالفاً للنظام العام إذا لم يكن هناك غرض مشروع يرمى إليه المشتروط من وراء هذا الشرط . فإذا رعى مثلاً إلى منع زوجته بعد موته من الزواج غير منه وأثره ، فالشرط باطل لمخالفته للنظام العام .

— ويرد يبدان ولا جارد (٨ فقرة ٧٩٢) من الأمثلة على الشرط الإرادي المحض أن يعد المفترض بالقرض إذا شاء ، أو إذا قرر أن هذا ممكن ، أو إذا وجد ذلك متوقفاً ، أو إذا رأى أن الصفقة مجزية . ويلاحظ بلانيول وويبر وهولانجيه (٢ فقرة ١٣٥٢) إن الشرط الإرادي المحض ليس في حقيقته شرطاً ، ولكنه عنصر من عناصر الالتزام ذاته ، وهو عنصر إرادة الملتزم في أن يلتزم .

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٢ - ص ١٣ - الموجز للمؤلف فقرة ٤٦٩ والأحكام المشار إليها في ص ٤٧٥ هامش رقم ١ . ويمكن القول ، بعد ما قدمناه ، إن الشرط الإرادي المحض إذا تعلق بإرادة الدائن ، أو تعلق بإرادة المدين وكان شرطاً فاسخاً ، أو تعلق بإرادة المدين وكان شرطاً واقفاً مقرباً على عقد ملزم للجانبين ، فإنه يكون شرطاً صحيحاً . ولا يبطل الشرط الإرادي المحض إلا إذا تعلق بإرادة المدين وكان شرطاً واقفاً غير مترتب على عقد ملزم للجانبين . وتقدير ما إذا كان الشرط هو هذا أو ذاك مسألة واقع لا معقب فيها على قاضي الموضوع ، أما حكم الشرط بعد تعيين نوعه فمسألة قانون تخضع لرقابة محكمة النقض .

وهناك من ينتقد التمييز ما بين الشرط الإرادي البسيط والشرط الإرادي المحض ، معتبراً أن الكثرة الغالبة مما يسمى بالشروط الإرادية البسيطة هي في حقيقتها شروط مختلفة (انظر إيغو (Eygout) في الأثر الرجعي لتحقيق الشرط رسالة من باريس سنة ١٩٢٢) . ولكن هذا التمييز قد استقر في الفقه وفي القضاء بحيث أصبح من المتندر إغفاله (بلانيول وويبر وجابولد ٧ فقرة ١٠٢٨ ص ٣٧٧ هامش رقم ١) .

أما إذا رى إلى جعل زوجته بعد موته تتفرغ لتربية أولادها منه فلا يشغلها زوج آخر ، فالشرط صحيح والالتزام قائم .

كذلك الشرط القاضى بالاحتراف المشترط عليه مهنة معينة يكون باطلا لخالفته للنظام العام ، ما لم يكن هناك غرض مشروع يرى إليه المشترط ، كأن تكون المهنة المحرمة مهنة وضعية تزدى بالكرامة ، أو أن يكون المشترط قد أراد أن يحمى نفسه حماية مشروعة من منافسة المشترط عليه .

وإذا اشترطت الزوجة غير المسلمة أن تكون أولادها من زوجها المسلم على دينها هي لاعلى دين زوجها وإلا كان لها حق الطلاق من زوجها ، فان هذا الشرط باطل لخالفته النظام العام .

وإذا اشترطت الزوجة المسلمة على زوجها ألا يطلقها ، فان الشرط باطل لخالفته للنظام العام ، وللزوج بالرغم من هذا الشرط أن يطلق زوجته لسبب مشروع وفى غير تمتع . ولكن يجوز للزوجة أن تشترط مبلغاً من المال تعويضاً لها عما يصيبها من الضرر إذا طلقها زوجها ، وفى هذه الحالة ينظر إن كان الطلاق لغیر سبب مشروع فالشرط صحيح ويجب دفع التعويض . وإلا فالشرط باطل والتعويض غير مستحق .

وشرط عدم تعدد الزوجات الذى قد تشترطه الزوجة على زوجها المسلم ، وإلا صارت مطلقة منه أو أعطاها تعويضاً ، شرط صحيح فى نظرنا وليس مخالفاً للنظام العام . ولكن لا يجوز أن تشترط الزوجة على زوجها المسلم ألا يتزوج غيرها وإلا كان الزواج الآخر باطلاً أو كانت الزوجة الأخرى هى الطالقة (١) .

ويمكن التمييز بين شرط مخالف للنظام العام وشرط مستحيل استحالة قانونية ، وإن كان كل من الشرطين باطلاً . فاشتراط عدم الزواج قد يكون شرطاً مخالفاً للنظام العام ولكنه شرط غير مستحيل ، أما اشتراط الزواج من محرم فشرط مستحيل استحالة قانونية وهو فى الوقت ذاته مخالف للنظام العام لأن الاستحالة القانونية كثيراً ما ترجع إلى مخالفة النظام العام .

(١) انظر فى أحلة أخرى الموجز المؤلف فقرة ٤٧٠ وص ٤٧٥ — ٤٧٦ وص ٤٧٦
مامش رقم ١ .

١٤ — الشرط المخالف للآداب : وقد يكون الشرط مخالفاً للآداب ،

فيكون باطلاً أيضاً ، ويسقط الالتزام الذي علق عليه قيامه . فإذا التزم شخص نحو آخر بمبلغ من النقود بشرط أن يقوم بارتكاب عمل غير مشروع ، فإن الشرط يكون مخالفاً للآداب ويكون باطلاً كما قلنا . وكذلك الحكم إذا اشترط على شخص ألا يرتكب جريمة ، أو أن يمحو آثار جريمة ارتكبها كان يعيد خطأً أو يرد مسروقاً ، أو اشترط عليه أن يقوم بعمل واجب عليه قانوناً على أن يتناول أجراً على القيام به كأن تدخل الزوجة في طاعة زوجها أو أن يتمتع الزوج من معاشرة غير زوجته أو أن يكف شخص عن التشهير بشخص آخر ونحو ذلك ، فكل هذه شروط تعتبر مخالفة للآداب لأنها جزاء مادي على القيام بالواجب ، والواجب يتعين القيام به دون جزاء (١) .

§ ٤ — أمر عارض

١٥ — الشرط أمر عارض : ويلحق في مقومات الشرط ، بحكم أنه

وصف يلحق الحق بعد تكوينه ، أنه أمر عارض يلحق عنصراً جوهرياً من عناصر الحق .

ويترتب على أن الشرط يلحق عنصراً جوهرياً من عناصر الحق أن كلا

(١) لوران ١٧ فقرة ٤٩ — هيك ٧ فقرة ٢٤٨ — بودي وهارد ٢ فقرة ٧٦٩ — هذا وإذا التزم شخص نحو آخر أن يدفع مبلغاً من المال إذا ارتكب الملتزم عملاً غير مشروع أو عملاً منافياً للآداب ، فإن الشرط يكون في هذه الحالة صحيحاً ، فهناك فرق بين أن يدفع شخص إلى القيام بالواجب من طريق إعطائه مالا وبين أن يزجر شخص من عدم القيام بالواجب عن طريق تفرغه المال ، فالشرط في الحالة الأولى باطل لمخالفاته للآداب ، وهو في الحالة الثانية صحيح لأنه لا ينافي الآداب في فيه بل هو يقوم بالأخلاق ويصلح النفوس (كوليه دي سائير ه فقرة ٩٢ مكررة — أوبري ورو ٤ فقرة ٣٠٢ ص ٩٤ — ديولومب ٢٥ فقرة ٣٠٦ — فقرة ٣٠٧ — بيدان ولاجار ٨ فقرة ٧٨٣ — فقرة ٧٨٤ — أنسيكلوبيدي دالوز ١ فقط (Condition) فقرة ١٩ — أنظر عكس ذلك : لاروميير ٢ ١١٧٢ و ١١٧٣ فقرة ٩ — لوران ١٧ فقرة ٤٩ — هيك ٧ فقرة ٢٤٨ — بودي وهارد ٢ فقرة ٧٦٤) . بل نحن نرى أنه إذا قصد باعطاء المال التشجيع على أداء الواجب ، فإن الشرط قد يكون صحيحاً ، كما إذا وعد شخص سارماً عنده زيادة أجره إذا هو أحسن الحراسة .

من الحق المضمون برهن والحق غير معين القيمة والحق التبعي لا يعتبر حقاً معلقاً على شرط ، لأن الوصف هنا لا يلحق عنصراً جوهرياً من عناصر الحق ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

أما أن الشرط أمر عارض فعناه أنه وصف يخل على الحق بعد تمام هذا الحق وتكامل عناصره ، فيكون الشرط أمراً عارضاً لا يساهم في تكوين الحق ذاته ، بل يضاف إليه بعد تكوينه ، ويمكن تصور قيام الحق بدونيه . فالشرط إذن ، باعتباره أمراً عارضاً ، قد يوجد وقد لا يوجد . وهو إذا وجد فالحق يصبح موصوفاً ، وإذا لم يوجد فالحق يقوم بالرغم من ذلك ، لأنه استكمل عناصره ، ويكون حقاً غير موصوف أى حقاً بسيطاً منجزاً (١) .

١٦- التمييز بين الحق المشروط والحق الاحتمالي: ومن هنا يبيء التمييز

بين الحق المشروط (droit conditionnel) والحق الاحتمالي (droit éventuel) . فالوصف في الحق المشروط أمر عارض يلحق الحق بعد تكامل عناصره كما قدمنا (٢) . أما الوصف في الحق الاحتمالي فأمر غير عارض ، ذلك أن الحق الاحتمالي هو حق يقتضيه عنصر من عناصره الجوهرية ، والوصف في الحق الاحتمالي هو بالذات نقصان هذا العنصر الجوهري .

ومن الأمثلة على الحق الاحتمالي ما يأتي : (١) حق الشفيع قبل أن يعلن

(١) بلانويك وديير وجاينولد ٧ فقرة ١٠٢٤ ص ٣٧١ - الأستاذ عيه المحي حجازي ١ ص ١٧٨ وص ١٨٨ . ومع ذلك فإن هناك رأياً يذهب إلى أن كل ما يجعل وجود الالتزام أمراً مستقبلاً غير محقق فهو شرط ، ولو كان عنصراً جوهرياً في الالتزام ذاته . وإنما يراد بأن الشرط أمر عارض أن الالتزام لا يكون حقاً معلقاً على شرط ، بل أن الأصل في الالتزام هو أن يكون غير مشروط (أنظر في هذا المعنى لوتر Lecloutre رسالة من كان سنة ١٩٠٤ ص ١٦ وما بعد ، ومقاله في المجلة الانتقائية سنة ١٩١٢ ص ٢٣٢ - أيجو Eygout في الأثر الرجعي لتحقيق الشرط رسالة من باريس سنة ١٩٢٢ ص ١٦) . وسنرى أن هناك رأياً يذهب ، على التقيض من ذلك ، إلى أن الحق المشروط ليس إلا نوعاً من أنواع الحق الاحتمال .

(٢) انيكلوبيدي دالوز جان دي جارو دي لاميشي Jean de Garreau de la Méchenie لفظ condition فقرة ٢ - ديولومب ٢٥ ص ٢٦٠ وما بعدها - بودري وبارد ٢ فقرة ٨٣٧ وما بعدها - بلانويك وديير وبولانجييه ٢ فقرة ١٣٥٠ - كولان وكايتان ٢ فقرة ٦٤٨ - جوسران ٢ فقرة ٧٣٨ - بلانويك وديير وجاينولد ٧ فقرة ١٠٢٤ ص ٣٧١ .

إرادته في الأخذ بالشفعة، إذ الشفع قبل إعلان هذه الإرادة ليس له حق كامل ، بل مجرد حق احتمالي . ولا يصبح هذا الحق الاحتمالي حقاً كاملاً إلا إذا أعلّق الشفع لإرادته في الأخذ بالشفعة ، فالحق الاحتمالي هنا قد نقصه عنصر من العناصر الجوهرية هو إعلان هذه الإرادة . ولا يعتبر هذا الإعلان شرطاً ، بل هو عنصر من عناصر الحق كما قلنا . (٢) حق الموصى له قبل أن يموت الموصى ، وهنا أيضاً لا يكون للموصى له إلا حق احتمالي قد نقصه عنصر من العناصر الجوهرية للحق الكامل هو موت الموصى . ولا يعتبر هذا الموت شرطاً ، بل هو عنصر من عناصر الحق . (٣) الحق المترتب على حساب جار قبل أن يدفع صاحب الحساب أو يقبض شيئاً ، فالحق هنا حق احتمالي ينقصه عنصر من العناصر الجوهرية للحق الكامل هو الدفع أو القبض ، ليتكون رصيد دائن أو مدين للحساب الجاري ، فيصبح الحق كاملاً لا مجرد حق احتمالي . ولا يعتبر الدفع أو القبض شرطاً ، بل هو عنصر من عناصر الحق .

ونرى من ذلك أن هناك فرقين أساسيين بين الحق المشروط والحق الاحتمالي : (أولاً) يمكن تصور قيام الحق المشروط دون الشرط ، إذ الشرط أمر عارض كما قلنا . أما الحق الاحتمالي فحق ينقصه عنصر من العناصر الجوهرية حتى يكون حقاً كاملاً كما سبق القول ، ومن ثم لا يمكن تصور هذا الحق الكامل دون هذا العنصر الجوهرى .

’ (ثانياً) إذا تحقق الشرط في الحق المشروط ، كان لتحقيقه أثر رجعى على الوجه الذى سنفصله فيما يلى . أما إذا استكمل الحق الاحتمالي العنصر الجوهرى الذى ينقصه فأصبح حقاً كاملاً ، فانه يصبح حقاً كاملاً دون أثر رجعى . ومن ثم يرجد الحق الكامل من وقت استكمال العنصر الجوهرى ، لا من وقت وجود الحق الاحتمالي (١) .

(١) ببدان ولا جارد ٨ ص ٥٣٤ هامش رقم ١ .

هذا وقد ذهب جان موريس فرديه (Jean-Maurice Verdier) في رسالت القبية في الحقوق الاحتمالية (Les droits éventuels) (باريس سنة ١٩٥٥) إلى أن الحق المشروط ليس إلا نوعاً من أنواع الحقوق الاحتمالية ، وألا فرق في الطبيعة بين الحق المشروط والحق الاحتمالي ، -

المبحث الثاني

نوعا الشرط

الشرط الواقف والشرط الفاسخ

١٥ - الشرط الواقف

(Condition suspensive)

١٧ - ماهو الشرط الواقف : رأينا أن المادة ١/٢٦٥ مدني تنص على أن يكون الالتزام معلقاً على شرط إذا كان وجوده أو زواله مترتباً على أمر

ـ فكلاهما يتميز بأنه تعاقب حقيين يتواليان في الزمان . فالحق المشروط هو ، قبل تحقق الشرط ، حق حال في أن يكون لدائن الحق المعلق على شرط . ثم إذا تحقق الشرط ينتقض هذا الحق الحال ، ويحل محله حق آخر هو نفس الحق الذي كان معلقاً على شرط ، وقد أصبح حقاً حالاً متجزئاً بعد تحقق الشرط . وكذلك الحق الاحتمال هو أيضاً تعاقب حقيين يتواليان في الزمان ، فيبدأ حقاً حالاً في أن يكون لدائن الحق الاحتمال ، ثم إذا تحقق الحادث الاحتمال الذي يتوقف عليه وجود الحق ينتقض هذا الحق الحال ، ويحل محله حق آخر هو نفس الحق الذي كان احتمالياً ، وقد أصبح الآن حقاً حالاً متجزئاً . ومن ثم يكون في البداية ، في كل من الحق المشروط والحق الاحتمال ، حق حال وحق مستقبل : فالحق الحال هو وسطه الموجود فعلاً ، أما الحق المستقبل فلا وجود له في مبدأ الأمر ، ولا يوجد إلا بتحقق الشرط أو تحقق الحادث الاحتمال ، وبمجرد وجوده ينتقض الحق الأول .

Mais ce qui, dans les (أنظر ص ٢٤٦) deux cas, est essentiel et on fait la véritable identité sur le plan statique, c'est l'existence de ce droit actuel distinct du droit futur qu'il prépare ; l'expression "droit éventuel" ou "droit conditionnel" concerne non ce droit présent mais la situation juridique future qui prendra naissance à la survenance de l'événement.

وليس الأثر الرجعي هو الذي يميز الحق المشروط عن الحق الاحتمال ، فكثير من الحقوق الاحتمالية له أثر رجعي ، كالوارث يستتبع حقه عقد قبل الميراث إلى موت المورث ، ورجن الأموال المستقبلة بأغراض مرتبطة من وقت الرهن لا من وقت تملك الأموال المرهونة ، ومثله الرهن لضمان دين مستقبل . وكثير من الحقوق المشروطة ليس له أثر رجعي ، كالحق في قبض الثمار وفي أعمال الإدارة وغير ذلك مما سيأتي بيانه تفصيلاً (أنظر ص ٢٤٧ من الرسالة المشار إليها) .

مستقبل غير محقق الوقوع . فإذا كان وجود الالتزام متوقفاً على الشرط ، بحيث إذا تحقق الشرط وجد الالتزام وإذا تخلف لم يوجد ، فإن الشرط يكون في هذه الحالة شرطاً واقفاً (condition suspensive) . فالشرط الواقف هو إذن الشرط الذى يتوقف على تحققه وجود الالتزام ، فإن تخلف لم يخرج الالتزام إلى الوجود . مثل ذلك أن يعلق الواهب هبته لابنه على شرط أن يتزوج ، فالزواج هنا شرط واقف ، إذا تحقق وتزوج الإبن فقد وجد التزام الأب بالهبة ، وإذا تخلف للشرط ولم يتزوج الإبن فإن التزام الأب باعطاء هبة لابنه لا يوجد .

١٨ - الشرط الواقف المستحيل والشرط الواقف المخالف للنظام

العالم أو الآداب : وتنص الفقرة الأولى من المادة ٢٦٦ مدنى كما رأينا ، على أنه ولا يكون الالتزام قائماً إذا علق على شرط غير ممكن أو على شرط مخالف للآداب أو للنظام العام ، هذا إذا كان الشرط واقفاً وقد استعرضنا أمثلة للشرط المستحيل وللشرط المخالف للنظام العام أو الآداب ، فإذا كان الشرط في هذه الأحوال واقفاً غير فاسخ فالشرط باطل كما قدمنا . والالتزام الذى علق وجوده على الشرط يعتبر هو أيضاً غير قائم ، لأن وجوده معلق على شرط مستحيل أو غير مشروع ، فلى يتحقق هذا الشرط أو لا ينبغي أن يتحقق ، ومن ثم لا يوجد الالتزام .

= بقى ما يقال من أن الشرط أمر عارض وهو وصف فى الحق المشروط لا يلحقه إلا بعد تكامل عناصره ، بينما الحق الاحتمال ينضمه عنصر من العناصر الجوهرية حتى يكون حقاً كاملاً . فهذا الفرق ينكره أيضاً فردييه ، فن الصمب فى بعض الأحوال ، على ما يقول ، يتميز بين العناصر الجوهرية والأمور المارضة ، فالحق الذى لا ينفذ إلا بالتصديق عليه (homologation) يصعب القول هل التصديق عنصر جوهرى فيه فلا يكون له أثر رجعى ، أو هو أمر عارض فيكون له هذا الأثر . وإذا قارنا بين حق الموهود له بالبيع والمشتري بشرط التجربة لم نجد فرقا محسوساً بين الحق الأول وهو حق احتمال والحق الثانى وهو حق مشروط ، فكلاهما يتوقف على رغبة المشتري فى الشراء (انظر ص ٢٥٣ و ص ٢٧٠ - ص ٢٧٣ من الرسالة المشار إليها) .

على أن فردييه يسلم بأن هناك فرقا واحداً بين الشرط والحادث الاحتمال ، فالشرط يقف نشوء الحق دون أن يقف نشوء المقد الذى هو مصدر هذا الحق ، أما الحادث الاحتمال فيقف نشوء الحق ونشوء المقد معاً (انظر ص ٢٨٣ - وانظر ما ترقبه على هذا الفرق من النتائج ص ٢٨٥ - ص ٢٨٨) .

١٩- الشرط الواقف الإرادي المحض - امانة : وقد رأينا أن الشرط إذا تعلق بمحض إرادة المدين ، وكان شرطاً واقعاً غير مترتب على عقد ملزم للجانبين ، فإن الالتزام لا يوجد للأسباب التي قدمناها (١) .

§ ٢ - الشرط الفاسخ (Condition résolutoire)

٢٠- ماهو الشرط الفاسخ : رأينا أن الفقرة الأولى من المادة ٢٦٥ ملغى تقضى بأن يكون الالتزام معلقاً على شرط إذا كان وجوده أو زواله مترتباً على أمر مستقبل غير محقق الوقوع . ورأينا أن وجود الالتزام إذا كان مترتباً على الشرط ، فهذا الشرط واقف . أما إذا كان زوال الالتزام هو المتوقف على الشرط ، فهذا الشرط فاسخ . مثل الشرط الفاسخ نزول الدائن عن جزء من حقه بشرط أن يدفع المدين الأقساط الباقية كل قسط في ميعاده ، فالشرط هنا شرط فاسخ ، وإذا تخلف بأن يتأخر المدين في دفع الأقساط الباقية ، اعتبر نزول الدائن عن جزء من الدين كأن لم يكن (٢) . والالتزام المعلق على شرط فاسخ يوجد في الحال وينفذ ، ولكن زواله هو الذي يعلق على الشرط ، فإذا تحقق الشرط زال الالتزام واعتبر كأن لم يكن ، أما إذا تخلف الشرط فقد أصبح الالتزام باتاً (٣) . ونرى من ذلك أن الالتزام المعلق على شرط فاسخ هو

(١) انظر آتياً فقرة ١٢ .

(٢) استئناف مخطوط ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٩٤ . ومثل أيضاً الشرط المدون في عقد البيع بأن البيع لا يكون باتاً إلا بعد دفع قسطين من الثمن ويجوز بعد ذلك للمشتري التصرف في المبيع ، فهذا الشرط شرط فاسخ يمكن به البائع من فسخ البيع حتى بالنسبة إلى من تصرف له المشتري قبل دفع القسطين ، ولا يعتبر شرطاً واقعاً (استئناف مخطوط ٧ مارس سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٩٤) .

(٣) وهناك ما يسمى بالشرط الفاسخ الضمني ، وهو مفروض في العقد الملزم للجانبين ، فإذا لم يتم أحد المتعاقدين بالالتزامه جاز للمتعاقد الآخر أن يطلب فسخ العقد ، وقد سبق تفصيل ذلك عند الكلام في فسخ العقد (الوسيط جزء أول فقرة ٤٦٢ وما بعدها) . وطبيعة الشرط الفاسخ الصريح الذي نحن بصدده تختلف كل الاختلاف عن طبيعة ما يسمى بالشرط الفاسخ الضمني ، إذا الشرط الفاسخ الضمني ليس في حقيقته شرطاً . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الحكم الابتدائي قد بني الفسخ الذي قضى به على الشرط الضمني ، ثم جاء الحكم -

في حقيقته التزام زواله معلق على شرط واقف ، فان الشرط في الواقع من الأمر

= الاستثنائي ، مقاماً من ناحية على قيام شرط فاسخ صريح ومن ناحية أخرى على أسباب الحكم الابتدائي ، فإنه يكون متناقضاً لاختلاف حكم كل واحد من الشرطين عن حكم الآخر . (نقض مدني ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٥ رقم ١٦ ص ٢٥) . وقضت أيضاً بأن شرط الفسخ الصريح وشرط الضمني مختلفان طبيعة وحكماً . فالشرط الفاسخ الضمني (le pacte commissoire tacite) لا يستوجب الفسخ حتى إذا هو خاضع لتقدير القاضي ، والقاضي أن يميل للمدين حتى بعد رفع دعوى الفسخ عليه ، بل للمدين نفسه له أن يتنaded الفسخ بعرض دينه كاملاً قبل أن يصلوه ضده حكم نهائي بالفسخ . أما الشرط الفاسخ الصريح فهو فيما نقض في المادة ٣٣٤ من القانون المدني (القديم) موجب لفسخ حتى ، فلا يملك معه القاضي إعمال المشتري المختلف عن أداء الثمن ، ولا يستطيع المشتري أن يتنaded الفسخ بإداء الثمن أو مرضه بعد إقامة دعوى الفسخ عليه متى كان قد سبقها التنبيه الرسمي إلى الوفاء ، بل قد يكون الفسخ الصريح موجباً لفسخ بلا حاجة إلى تنبيه إذا كانت صيغته صريحة في الدلالة على وقوع الفسخ عند تحققه بلا حاجة إلى تنبيه ولا إنذار . وعلى ذلك فإذا كانت محكمة الدرجة الأولى قد أقامت قضاءها بفسخ العقد على أن المشتري إذ قصر في الوفاء بجزء من الثمن كان البائع محقاً في طلب الفسخ بناء على الشرط الفاسخ الضمني المفترض في جميع العقود التبادلية ، ثم جاءت محكمة الاستئناف فقالت أن الفسخ كان متفقاً عليه بجزءا لتخلف عن أداء الثمن وإذا قد ثبت لها تخلف المشتري فهي تقرر حق البائع في الفسخ زوالاً على حكم الشرط الفاسخ الصريح مما ينص المادة ٣٣٤ مدني (قديم) ، ثم لم تلبث أن قالت في آخر حكمها أنها تؤيد الحكم المستأنف لأسبابه وتأخذ منه أسباباً لحكمها ، فحكمها هذا يكون قد أقيم على أمرين واثمين متفارين لا يمكن أن يقوم حكم عليهما مجتمعين لاختلاف شرط الفسخ الصريح والفسخ الضمني طبيعة وحكماً ، وهذا تمارض في أسباب الحكم يعميه ويستوجب نقضه (نقض مدني ٢ مايو سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٦٨ ص ١٥٥) وقضت أيضاً بأن القانون لم يشترط ألفاظاً معينة للشرط الفاسخ الصريح في معنى المادة ٣٣٤ من القانون المدني (القديم) . وعلى ذلك فإذا ما أثبت الحكم أن طرفي عقد البيع قد اتفقا في العقد على أن يودع للمقعد لدى أمين حتى يوفى المشتري الثمن في الميعاد المنفق عليه ، ونصاً على أنه عند إخلال المشتري بشروط المقعد يصرح الطرفان للمودع لديه بإعدام هذا المقعد ، ثم قرر الحكم أن المستفاد من ذلك أن نية المتعاقدين اتجهت عند تحرير هذا المقعد إلى الشرط الفاسخ الصريح أي اعتبار المقعد مفسوخاً من تلقاء نفسه عند الإخلال بشروطه ، فإنه لا يكون قد مسخ مدلول نص المقعد لأن صبرته تحتل ما استعمله الحكم منها (نقض مدني ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٥٦ ص ٦٨٨) . انظر أيضاً : نقض مدني ١٨ يناير سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ١٩٢ ص ٥٤٠ - ٤ ديسمبر سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٣٧ ص ٤٩٨ .

وقضت أخيراً محكمة النقض بأنه في حالة الشرط الفسخ الصريح قد يتوكل صاحب المصلحة عن التمسك بوقوع الفسخ من تلقاء نفسه وذلك بإندازه للمدين ، فلا يقع الفسخ من تلقاء نفسه بل يلزم لوقوعه أن يصدر به حكم والمدين أن يتنبيه بتنفيذ التزامه (نقض مدني ٣١ مايو سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٤٥ ص ٩٢٢) .

واقف في جميع الأحوال : يقف وجود الالتزام أو يقف زواله ، ففي الحالة الأولى يسمى شرطاً واقفاً ، وفي الحالة الثانية يسمى شرطاً فاسخاً (١) .

وقد تدق في بعض الأحوال معرفة ما إذا كان الشرط واقفاً أو فاسخاً ، كما في البيع المعلق على شرط موافقة الغير على البضاعة المبيعة ، فهل الشرط هنا واقف ولا يتم البيع إلا إذا وافق الغير على البضاعة ، أو هو شرط فاسخ وينفذ البيع في الحال على أن يفسخ إذا لم يوافق الغير على البضاعة ؟ يرجع الأمر في ذلك إلى تبين إرادة الطرفين ، ويستخلص قاضي الموضوع هذه الإرادة من الظروف والملاسات ، فان تبين أن نية الطرفين قد انصرفت إلى أن يكون الشرط واقفاً أو إلى أن يكون فاسخاً التزم هذه النية وحكم على مقتضاها (٢) .

ويلاحظ أن كل شرط فاسخ يتضمن وجود شرط واقف ، سواء كان ذلك في الالتزام أو في الحق العيني . فن التزم بهية على أن تفسخ إذا رزق ولداً ، كان مدينناً بالهبة تحت شرط فاسخ ، فينفذ التزامه فوراً ويعطى الموهوب له الهبة ، وكذلك الموهوب له يصبح مدينناً تحت شرط واقف هو نفس الشرط الفاسخ بالنسبة إلى الواهب . فإذا رزق الواهب ولداً فتحقق الشرط ، فإن تحققه كشرط فاسخ يزيل التزام الواهب بالهبة فيستردها من الموهوب له ، وتحققه كشرط واقف يوجد التزام الموهوب له برد الهبة إلى الواهب فيردها إليه . وكذلك الحكم في الحق العيني كحق الملكية إذا علق على شرط فاسخ ، فان الشيء الواحد يصبح له مالكان ، أحدهما مالك تحت شرط فاسخ والآخر مالك تحت شرط واقف ، والشرط الفاسخ بالنسبة إلى الأول هو نفس الشرط الواقف بالنسبة إلى الثاني ، فإذا ما تحقق هذا الشرط فقد انفسخت ملكية الأول وقامت ملكية

(١) ويقول اهرنج (Ihering) أن الشروط الواقف وحده هو الذي عرفه القانون الروماني أولاً ، ثم أتى الشرط الفاسخ بعد الشرط الواقف وعلى غرارته ، فهو شرط واقف يعلق على تحققة زوال الالتزام (اهرنج في روح القانون الروماني ٤ ص ١٩٤) .

(٢) ديراتون ١٥ فقرة ٤٤ - أوبري ورو ٤ فقرة ٣٠٢ ص ٨٨ .

هذا وقد قضت محكمة النقض بأن الشرط القاسي بأن من يرسو عليه المزداد في أحيان موقوفة تباع بقصد الاستبدال لا يستحق الربح إلا إذا وافقت المحكمة التشريعية على الاستبدال بعد مشورتاً بشرط واقف لا بشرط فاسخ ، لأن أجازة الاستبدال من المحكمة إنما هي شرط واقف لا فاسخ (نقض مدني ٩ مايو سنة ١٩٤٠ بمجموعة عمر ٣ رقم ٥٩ ص ٢٠٤) .

الثاني ، أما إذا تخلف الشرط فقد سقطت ملكية الثاني وأصبحت ملكية الأول ملكية باقية (١) .

٢١ - الشرط الفاسخ المستحيل والشرط المخالف للنظام العام .

أو المرداب : رأينا أن المادة ٢٦٦ مدني تنص على أنه : ١ - لا يكون الالتزام قائماً إذا علق على شرط غير ممكن أو على شرط مخالف للآداب أو النظام العام ، هذا إذا كان الشرط واقعاً . أما إذا كان فاسخاً فهو نفسه الذي يعتبر غير قائم . ٢ - ومع ذلك لا يقوم الالتزام الذي علق على شرط فاسخ مخالف للآداب أو النظام العام إذا كان هذا الشرط هو السبب الدافع للالتزام .

ويتبين من هذا النص أن الشرط الفاسخ إذا كان مستحيلاً أو مخالفاً للنظام العام أو للآداب ، كان باطلاً كما قدمنا . ولما كان الالتزام المعلق على شرط فاسخ التزاماً نافذاً فوراً وزواله هو المعلق على الشرط الفاسخ ، ولما كان هذا الشرط الفاسخ معتبراً كأنه لم يكن لبطالته ، فهو إذن لن يتحقق . ويترتب على ذلك أن الالتزام المعلق على شرط فاسخ مستحيل أو مخالف للنظام العام أو الآداب يكون التزاماً باتاً غير معلق على شرط ما (٢) ، وليس التزاماً مهدداً بالزوال كما هو شأن الالتزام المعلق على شرط فاسخ صحيح .

على أن الشرط الفاسخ المخالف للنظام العام أو الآداب قد يكون هو السبب الدافع إلى الالتزام (٣) ، فإذا التزم شخص بترتيب إيراد مدني الحياة لامرأة

(١) لاوسميير ٣ م ١١٨٢ فقرة ١٦ - ديمولوب ٢٥ فقرة ٢٨١ - هيك ٧ فقرة ٢٤٤ ص ٣٢٦ - بودري وبارد ٢ فقرة ٧٧٥ - بيدان ولا جاود ٨ فقرة ٧٣٥ ص ٣٢٧ وفقرة ٧٥٤ - قارن ديرانتون ١١ فقرة ٩١ - أوبري ورو ٤ فقرة ٣٠٢ ص ٨٩ وهامش رقم ٤ - بلانبول وريبير وجابول ٧ فقرة ١٠٢٥ ص ٣٧٢ .

(٢) استئناف أهل ٩ يناير سنة ١٨٩٣ الحقوق ٧ ص ٣٨٥ .

(٣) يتبين من نص الفقرة الأولى من المادة ٢٦٦ مدني أن الشرط الفاسخ إذا كان مستحيلاً فإنه يعتبر غير قائم ، ويتبين الالتزام باتاً غير معلق على شرط . ولم تستثن الفقرة الثانية من المادة ٢٦٦ إلا الشرط الفاسخ المخالف للنظام العام أو الآداب إذا كان هو السبب الدافع إلى الالتزام ، فيسقط الشرط والالتزام معاً . يبقى إذن الشرط المستحيل إذا كان هو السبب الدافع إلى الالتزام ، والظاهر أن الاستثناء الواردة في الفقرة الثانية من المادة ٢٦٦ لا يشمل ، ومن ثم يبقى خاصصاً -

على أن تعاشره معاشره غير شرعية ، وعلى أن يفسخ التزامه إذا هي انقطعت عن معاشرته ، كان الشرط الفاسخ هنا باطلا لخالفته للأداب ، واعتبر غير قائم . وكانت القاعدة العامة تقتضى أن يبيح الالتزام بترتيب الإيراد قائماً ، بعد سقوط الشرط . ولكن لما كان هذا الشرط في الفرض الذى نحن بصددده هو السبب الذى دفع المدين إلى أن يلتزم بترتيب الإيراد ، فإن سقوط الشرط يسقط الالتزام معه ، كما تقتضى بذلك الفقرة الثانية من المادة ٢٦٦ مدنى على ما رأينا . فيسقط ، في وقت معاً ، شرط المعاشره غير المشروعة والالتزام بترتيب الإيراد (١)

— للفرقة الأولى من المادة ٢٦٦ . ويبنى على ذلك أن الشرط المستحيل يسقط ويبيح الالتزام بائناً غير ملق على شرط ، حتى لو كان الشرط المستحيل هو الدافع إلى التعاقد . وقد اشعل التفتين المدنى الفرنسى على نصين في هذا الموضوع ، فقضت المادة ١١٧٢ من هذا التفتين بطلان العقد المقترون بشرط مستحيل أو مخالف للنظام العام أو الآداب ، وقضت المادة ٩٠٠ من نفس التفتين بصحة التبرعات المقتونة بشرط مستحيل أو مخالف للنظام العام أو الآداب مع سقوط الشرط وحده . فسخفت القضاء الفرنسى من شدة النص الأول إذ قضى بأن الشرط إذا لم يكن هو الدافع إلى التعاقد فإنه وحده هو الذى يسقط ويبيح العقد ، وشدد من تراخى النص الخالى إذ قضى بسقوط التبرع ذاته إذا كان الشرط هو السبب الدافع إليه . فخلص من مجموع ما ذهب إليه القضاء الفرنسى المبدأ الآتى : متى كان الشرط المستحيل أو المخالف للنظام العام أو الآداب هو الدافع إلى التعاقد — في كل من المعامضات والتبرعات — فإن الشرط والمقد يسقطان معاً ، إما إذا كان الشرط ليس هو الدافع إلى التعاقد فإنه وحده هو الذى يسقط ويبيح العقد . وهذا المبدأ المستخلص من القضاء الفرنسى هو الذى قننته المادة ١١١ من المشروع الفرنسى الإيطالى فيما يتعلق بالشرط الفاسخ مع قصر الاستثناء الخاص بالسبب الدافع على الشرط المخالف للنظام العام أو الآداب دون الشرط المستحيل (أنظر في هذا المعنى كولان وكابيتان ٢ فقرة ٦٥١ وص ٤٤٢ — ص ٤٤٤ وص ٤٤٣ هاش وقم ٢ — بلانيول وريبير وبولانيه ٢ فقرة ١٣٥٦ — جوسران ٢ فقرة ٧٣٩) . وقد نقل التفتين المصرى الجديده هذا المبدأ من المادة ١١١ من المشروع الفرنسى الإيطالى (أنظر المذكره الإيضاحية للمشروع التمهيدى لمجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٩) . (١) وفى فرنسا تثار المسألة بنوع خاص في شرط الفسخ بالذهب أو بعملة أجنبية (أنظر مقال فواران (Voinin) في المجلة الانتقادية سنة ١٩٢٦ ص ٣٣٧ — كابيتان في دالوزر الأسبوعى سنة ١٩٢٧) .

ويلاحظ الأستاذ اسماعيل غانم (أحكام الالتزام ص ٢٥٦ — ص ٢٥٧) أن الشرط الفاسخ لا يمكن إلا أن يكون هو السبب الدافع إلى التعاقد ما دام قد ملق على تحقيقه فسخ العقد ذاته ، فلا يتحقق إذن الصورة التى يكون فيها الشرط الفاسخ ليس هو السبب الدافع إلى التعاقد . على أنه كثيراً ما يختلط في العمل الشرط الفاسخ بشروط العقد المادية ، كما إذا باع شخص سلعة بشرط أن يتقاضى الثمن ذهباً ، فمن الممكن أن يكون الشرط هنا شرطاً فاسخاً وأن يكون هو السبب الدافع إلى التعاقد ، فيجرى في هذه الحالة حكم النص .

٢٢ — الشرط الفاسخ الإرادى المحض — أمثلة : وقد قدمنا أن الشرط الإرادى المحض من جانب المدين يجعل الالتزام غير موجود إذا كان شرطاً واقفاً . ورأينا كذلك أن هذا الشرط الإرادى المحض من جانب المدين إذا كان شرطاً فاسخاً فإنه لا يسقط الالتزام ، بل يبقى الالتزام قائماً معلقاً على هذا الشرط الإرادى ، ومن ثم ينفذ فوراً ، ويكون للمدين الخيار بعد ذلك في الإبقاء عليه إن شاء أو في إسقاطه فيزول .

المبحث الثالث

مصدر الشرط

وأى الحقوق يلحقها وصف الشرط

١٩ — مصدر الشرط

٢٣ — مصدر الشرط هو الإرادة أو التصرف القانونى : بعد أن عرفنا ما هو الشرط وما هي مقوماته وأنواعه ، بقى أن نبحث ما هي المصادر التى ينشأ عنها .

وقد رأينا في الأمثلة المتقدمة أن الشرط مصدره الإرادة ، فالملتزم هو الذى يتفق مع الملتزم له أن يكون الالتزام معلقاً على شرط واقف أو على شرط فاسخ . بل إن الشرط يكون مصدره إرادة الملتزم وحدها إذا كان الالتزام نفسه هو وليد هذه الإرادة ، فالملتزم بإرادته المنفردة كما يملك أن يلتزم التزاماً منجزاً خالياً من أى شرط ، يملك كذلك أن يعلق التزامه على شرط ، واقفاً كان الشرط أو فاسخاً .

وقد تكون الإرادة مصدر الشرط إرادة صريحة أو إرادة ضمنية (١) .

(١) ومن الأمثلة على الإرادة الضمنية ما يأتي: (١) الاكتتاب في أسهم شركة تحت التأسيس مفروض فيه أن كل مكتب إنما اكتتب في أسهمه بشرط أن تم تنطية الأسهم، إذ الشركة لا يتم تأسيسها إلا بهذه التنطية (يبدان ولا جارد ٨ فقرة ٧٢٣ ص ٥٢٤) . (ب) إذا أصدرت = (٢٢ — الوسيط)

والشرط المتولد من إرادة ضمنية هنا هو غير الشرط الفاسخ الضمني المفترض في العقود الملزمة للجانبين ، كما سبق القول (١) .

ولما كان الشرط مصدره في العادة هو الإرادة ، فقد دفع ذلك كثيراً من الفقهاء إلى القول بأن الشرط إنما هو وصف في الإرادة لا في الالتزام ، فيجب إلحاقه بنظرية التصرف القانوني لا بنظرية الالتزام في ذاته ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

٢٤ — هل يكون الشرط مصدره القانوني : على أن هناك أوضاعاً

قانونية يذهب بعض الفقهاء إلى أنها معلقة على شرط مصدره القانون . ويسوقون من الأمثلة على ذلك الوصية ، فهي كما يقولون تصرف قانوني معلق بحكم القانون ذاته على شرط واقف هو أن يعيش الموصى له بعد موت الموصي . ويقولون كذلك أن حق الورثة في الميراث معلق على شرط واقف هو أن يموت المورث قبلهم . كذلك حق الشفيع في المشفوع فيه يقولون إنه أيضاً معلق على شرط واقف هو إعلان الشفيع لإرادته في الأخذ بالشفعة .

على أن الشرط الذي يفرضه القانون في الأمثلة المتقدمة وأمثالها ليس شرطاً بمعناه الصحيح . فقد قلنا أن الشرط أمر عارض ، لا يلحق الحق إلا بعد تكامل عناصره ، فيضاف إليه ، ويمكن تصور الحق بدون . أما في الأمثلة التي قلناها ، فالشرط عنصر من عناصر الحق ذاته ، ولا يتصور قيام الحق بدون . وإنما هو

== بلدية سندت وطرحتها في السوق للاكتتاب ، وصرحت بأن الفرض من هذا القرض هو إنجاز مشروع مين ، فإن الاكتتاب يعتبر في هذه الحالة عملية جمعية (acte collectif) ، وكل اكتتاب يكون مشروطاً بتغطية جميع السندات (بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٧٣٣ — بيك في الشركات ٣ فقرة ١٦٢٦) . (ج) عندما يرسل تاجر أوراقاً مالية (شيكات أو كيبالات) لمصرفه لأضافتها إلى حسابه الجاري ، فإن الأضافة تكون مشروطة بقبض قيمة الأوراق المالية (بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٧٣٣ ص ٥٣٥) . (د) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه يعتبر شرطاً ضمناً موافقة جميع الدائنين على صلح ودعى مع المدين ، إذ أن الصلح الودعي لا يتم إلا بموافقة جميع الدائنين (٢٧ ديسمبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ١٤٢) .

(١) انظر آنفاً فقرة ١٢ .

وضع معين يقرره القانون ، ويرتب عليه نتائج معينة ، وليس له أثر رجعي (١) .
فالشرط إذن ليس له مصدر إلا الإرادة (٢) . ولكنه وصف يلحق الحق
نفسه لا الإرادة التي هي مصدره ، ومن ثم يكون جزءاً من نظرية الالتزام في
ذاته لا من نظرية التصرف القانوني (٣) .

(١) انظر في هذا المعنى أوبري ورو ٤ فقرة ٣٠٢ ص ٨٨ — بودوي وبارد ٢ فقرة
٧٤٥ — فقرة ٧٤٦ — ويميز إهرنج بين الوصية والحق المطلق على شرط (انظر روح القانون
الروماني ٤ ص ١٦٨ — ١٧٠) .

(٢) انظر في هذا المعنى الأستاذ عبد الحمى حجازي ١ ص ١٧٨ و ١٧٩ هامش رقم ١
الأستاذ اسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٧٦ ص ٢٤٩ . وجاء في الموجز للمؤلف :
« هذا ويلاحظ أن تعليق الالتزام على الشرط يجب أن يكون وليد إرادة الطرفين ، أما إذا كان
القانون هو الذي علق الحكم على استيفاء شرط ، كما إذا جعل الوصية متوقفة على وفاة الموصي
وكا إذا اشترط الحاجة لاستحقاق النفقة ، فلا يكون الالتزام في مثل هذه الحالة شرطياً » .
عل أن هناك حالات تقوم فيها شبه قوية في أن مصدر الشرط هو القانون . من ذلك ما نعت
عليه الفقرة الثالثة من المادة ٨٧٤ مدني من أنه « إذا زرع مصري أرضاً غير مزروعة أو غرسها
أو بنى عليها ، تملك في الحال الجزء المزروع أو المنروس أو المبنى ولو بغير ترخيص من الدولة .
ولكنه يفقد ملكيته بعدم الاستعمال مدة خمس سنوات متتالية خلال الخمس عشرة السنة التالية
لتملكه » . فهل يمكن القول أن الملكية هنا معلقة على شرط فاسخ — مصدره القانون — هو
عدم الاستعمال مدة خمس سنوات متتالية خلال الخمس عشرة السنة التالية لتملكه ؟ (انظر في هذا
المعنى في عهد التقنين المدني السابق : استئناف مخطوط ٢٦ يناير سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٨١) .
ومن ذلك أيضاً ما قضت به المادة ٥٠١ (حرف ج) من جواز فسخ الحبة إذا رزق الواحب
بعد الحبة ولدا يظل حياً إلى وقت الفسخ (انظر أيضاً في هذا المعنى المادة ٩٦٠ وما بعدها من التقنين
المدني الفرنسي) .

ويذهب بلاتيوول وريبر وبولانجي (٢ فقرة ١٣٤٩) ويبدان ولاجارد (٨ فقرة ٧٣٣)
إلى أن الشرط في مثل هذه الحالات مصدره القانون فعلاً . ولكن قارن بلاتيوول وريبر
وجابولد ٧ فقرة ١٠٢٤ ص ٣٧١ — ص ٣٧٢ . وفي رأينا أن « الشرط » في هذه الحالات
ليس إلا وضماً خاصاً قرره القانون ، ورتب عليه نتائجه . وسواء تحقق هذا الوضع أو تخلف ،
فليس له — كما الشرط بالمعنى الصحيح — أثر رجعي .

(٣) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد: «يراعى أن التعليق يرد على الالتزام
ذاته دون المقد أو التصرف القانوني بوجه عام . . . ولهذا كان نتيج للمذهب اللاتيني أدنى إلى
التوفيق في هذا الصدد من منحنى المذهب الإبرماني . ذلك أن الأول يفرد لأحكام الشرط مكاناً في
نطاق النظرية العامة للالتزام ، في حين أن الثاني يلحق هذه الأحكام بنظرية التصرف القانوني »
(مجموعة الأبحاث التحضيرية ٣ ص ٧) .

٥ ٢ - الحقوق التي يلحقها وصف الشرط

٢٥ - يلحق الشرط الحقوق الشخصية والحقوق العينية على السواء :

والشرط وصف يلحق محل الحقوق ، سواء كانت هذه الحقوق شخصية أو عينية . فيلحق الشرط الالتزام أى الحق الشخصى . ويلحق كذلك الحق العينى ، فيكون هذا الحق معلقاً على شرط واقف أو على شرط فاسخ ، ويكون للشرط في هذه الحالة كل خصائص الشرط الذى يلحق الحق الشخصى .

٢٦ - الحقوق التي لا يلحقها وصف الشرط . على أن الحقوق التي

يلحقها وصف الشرط هي الحقوق المالية . أما الحقوق المتعلقة بالأحوال الشخصية فهي غالباً لا تقبل التعليق على الشرط . فالزواج وما ينشأ عنه من حقوق الزوجية وواجباتها لا تقبل التعليق على الشرط . والحجر والإذن بالتجارة للصبي المميز والنسب ، كل هذه تنشئ حقوقاً وحالات قانونية لا يرد عليها الشرط وصفاً (١) .

الفرع الثانى

ما يترتب على الشرط من الآثار

٢٧ - التمييز بين مرحلتين : حتى نقين بوضوح ما يترتب على الشرط

من الآثار يجب أن نميز بين مرحلتين : (١) مرحلة التعليق ، وهى المرحلة التي يكون فيها الشرط قائماً لا يعلم هل يتحقق أو يتخلف ، ولذلك يكون الالتزام فيها معلقاً ، ومن ثم حينئذ هذه المرحلة بمرحلة التعليق . (٢) مرحلة ما بعد التعليق ، وهى المرحلة التي يتبين فيها مآل الشرط هل يتحقق أو تخلف ، ولتحقيقه آثار تختلف عن آثار تخلفه في كل من الشرط الواقف والشرط الفاسخ .

(١) أدبرى ورد ٤ فقرة ٢٠٢ ص ٩١ هامش رقم ١٠ — انظر أيضاً إهرنج في روح قانون الرومان ٤ ص ١٦٥ .

المبحث الأول

أثر الشرط في مرحلة التعليق

١٩ - الشرط الواقف

٢٨ - النصوص القانونية : تنص المادة ٢٦٨ من التقنين المدني على ما يأتي :

« إذا كان الالتزام معلقاً على شرط واقف ، فلا يكون نافذاً إلا إذا تحقق الشرط . أما قبل تحقق الشرط ، فلا يكون الالتزام قابلاً للتنفيذ القهري ولا للتنفيذ الاختياري ، على أنه يجوز للدائن أن يتخذ من الإجراءات ما يحافظ به على حقه » (١) .

وحكم هذا النص فيما يتعلق بمرحلة التعليق كان معمولاً به في عهد التقنين المدني السابق دون أن يشتمل هذا التقنين على نص في ذلك .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٢٦٨ ، وفي التقنين المدني الليبي المادة ٢٥٥ ، وفي التقنين المدني العراقي المادة ٢٨٨ ، وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المواد ٩٣ إلى ٩٥ (٢) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٣٨٩ من المشروع التمهيدى على وجه يكاد يكون مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . وفي لجنة المراجعة حذر النص تحويراً لفظياً طفيفاً جعل المطابقة تامة ، وأصبح المادة ٢٨٠ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم المادة ٢٦٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٤ - ص ١٦) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٢٦٨ (مطابقة المادة ٢٦٨ مصري) .
التقنين المدني الليبي م ٢٥٥ (مطابقة المادة ٢٦٨ مصري) .
التقنين المدني العراقي م ٢٨٨ : المقيد المطلق على شرط واقف لا ينفذ إلا إذا تحقق الشرط .
(ويلاحظ أن التقنين المدني العراقي لم يبين في نصومه كيف أن الحق المطلق على شرط واقف =

٢٩ - مراتب الحق من حيث الوجود والنفاذ : ويتبين من النص المتقدم الذكر أن الالتزام المعلق على شرط واقف ، وهو في مرحلة التعليق ، لا يكون نافذاً ، بل هو لا يكون موجوداً وجوداً كاملاً (١) . ويمكن القول إن الحق ، من حيث الوجود والنفاذ ، يتدرج بين مراتب سبع : (١) مرتبة الحق المعلوم ، وهو ما لا وجود له ولا يحتمل وجوده . (٢) مرتبة الحق الاحتمالي ، وهو ما لا وجود له ويحتمل وجوده ، فهو معدوم على خطر الوجود . (٣) مرتبة الحق المعلق على شرط واقف ، وهو حق موجود فعلاً ولكنه غير كامل الوجود . (٤) مرتبة الحق المؤجل ، وهو حق موجود وجوداً

= لا يقبل التنفيذ إطلاقاً وإن كان يجوز اتخاذ الإجراءات التحفظية بموجبه، كما يبين ذلك التقنين المدني المصري . ولكن لما كانت هذه الأحكام يمكن استخلاصها من تطبيق القواعد العامة ، إذ الحق غير النافذ حق موجود ، فإنه يمكن القول بتطبيق هذه الأحكام في القانون المدني العراقي : (انظر الأستاذ حسن الفتون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ١٣٤ ، ومع ذلك قارن فقرة ١٣٧) .

تقنين الموجبات والمقود البناني م ٩٣ : إن الموجب المقود على شرط التعليق لا يقبل التنفيذ الإجباري ولا التنفيذ الاختياري ولا يمر عليه الزمان ما دام الشرط معلقاً . هل أن الدائن يمكنه أن يقوم بأعمال احتياطية، أغصها قيد الرهن المؤمن دينه عند الاقتضاء وطلب تطبيق الخط ووضع الاختتام وإنشاء المحاضر والجداول .

م ٩٤ : إن الموجب الذي حقه على شرط التعليق وما زال الشرط فيه معلقاً يمكن التفرغ عنه بوجه خاص أو بوجه عام .

م ٩٥ : إن الموجب عليه تحت شرط التعليق لا يمكنه قبل تحقق هذا الشرط أن يقوم بأى عمل من شأنه أن يمنع استعمال حقوق الدائن أو يزيده صعوبة في حالة تحقق الشرط . وبعد أن يتحقق شرط التعليق تكون الأعمال التي أجزاها الموجب عليه في خلال ذلك ملغاة على قدر ما يكون فيها من الإصرار بالدائن ، ما عدا الحقوق المكتسبة شرعاً لشخص ثالث حسن النية . (ويلاحظ أن التقنين البناني أكثر إيراداً للتفصيلات من التقنين المصري ، ولكن جميع التفصيلات الواردة في التقنين البناني يمكن الأخذ بها في القانون المصري تطبيقاً للقواعد العامة ، ودون حاجة إلى نصوص خاصة في ذلك) .

(١) انظر في هذا المعنى بيدان ولا جارد ٨ فقرة ٧٣٨ . وقد كان القانون الروماني يعتبر في بعض نصوصه (Institution) الحق تحت شرط واقف مجرد أمل وليس حقاً ، وإن اعتبره حقاً لا مجرد أمل في نصوص أخرى (Digesta) : انظر بودرى وبارد ٢ فقرة ٨٢٧ . أما تقاليد القانون الفرنسي القديم فكانت في المعنى الأول ، وكان يوتييه يذهب إلى أن الحق المعلق على شرط واقف ليس بحق وإنما هو مجرد أمل (يوتييه في الالتزامات فقرة ٢١٨ وفقرة ٢٢٢) .

كاملاً ولكنه غير نافذ. (٥) مرتبة الحق المعلق على شرط فاسخ ، وهو حق موجود وجوداً كاملاً وهو في الوقت ذاته حق نافذ ، ولكنه موجود على خطر الزوال. (٦) مرتبة الحق المقترن بأجل فاسخ ، وهو حق موجود وجوداً كاملاً وهو نافذ إلى أجل ثم ينقضي بانقضاء هذا الأجل. (٧) مرتبة الحق المنجز ، وهو حق موجود وجوداً كاملاً وهو نافذ إلى غير أجل .

وبخلاص من ذلك أن الحق المعلق على شرط واقف هو : (١) حق موجود (١) (٢) ولكن وجوده غير كامل .

(١) ويقول إهرنج إن الحق المعلق على شرط واقف هو حق موجود وجود المجنن في بطن أمه . فالحق كالأإنسان يتدرج نطفة ، ثم علقة ، إلى أن يكمل خلقاً سوياً . والحق المعلق على شرط واقف يبدأ جنيناً وقت تعلق الشرط ، إلى أن يولد حياً عند تحققه ، أو ميتاً عند تخلفه (روح القانون الروماني ٤ ص ١٦٦ — ص ١٦٧) . ثم يقول (ص ١٧٤) إن الحق ينشأ فوراً من مصدره . ولا يمكن أن يتخلل أى فراغ بين وجود المصدر ونشوء الحق ، فحق وجد الاتفاق المعلق على شرط واقف فقد وجد الحق المعلق على هذا الشرط ، لا يفصل بينهما أية فترة من الزمن مهما قصرت ، كما لا يفصل بين الميلاد وديب الحياة في المولود أية فترة من الزمن .

ويذهب شوس (Chausse) في مقاله في المجلة الانتقادية (سنة ١٩٠٠ ص ٥٤٠ — ص ٥٤١) إلى أن الرومان كانوا يميزون بين العناصر الذاتية (éléments subjectifs) للحق وعناصره الموضوعية (éléments objectifs) . فالعناصر الذاتية للحق المعلق على شرط واقف يجب توافرها وقت الاتفاق على هذا الحق ، فيوجد في هذا الوقت طرفا الحق ، ويتوافر فيهما الأهلية اللازمة ، ويجوز أن ينتقل الحق إلى غير صاحبه ولو قبل تحقق الشرط . أما العناصر الموضوعية فيجب توافرها عند تحقق الشرط ، ففي هذا الوقت يتحدد محل الحق ، ويصح أن يكون هذا المحل غير موجود وقت الاتفاق ما دام أنه سيوجد وقت تحقق الشرط . ولكن بلاتيوك وريبير وبولانجي يذهبون إلى أن الحق تحت شرط واقف ليس إلا مجرد أمل ، وأن كانوا يقولون إن الدائن تحت شرط واقف يملك « شيئاً » يجب الاعتداد به ، هو الأمل في أن يكون يوماً ما دائناً ، وهو أمل يحمي القانون وينظمه (بلاتيوك وريبير وبولانجي ٢ فقرة ١٣٥٨ وانظر أيضاً الجزء الأول فقرة ٣٢٥) . وما دام القانون يحمي هذا « الأمل » وينظمه ، فهو إذن حق موجود وإن كان غير كامل الوجود . وهذا هو الذي يميز بين الحق تحت شرط واقف وهو حق موجود كما قلنا ، والحق الاحتمالي وهو لا يزيد على مجرد أمل .

أنظر في المعنى الذي نقول به كولان وكايتان ٢ فقرة ٦٥٣ — جوسران ٢ فقرة ٧٤٠ — الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ٢٥٨ . وقارن الأستاذ عبد الحمى حجازي ١ ص ٦٨٢ .

٣٠ - الحق المعلق على شرط واقف من موجود : وآية وجوده تظهر فيما يأتي :

- (١) ينتقل هذا الحق من صاحبه إلى الغير بالميراث وغيره من أسباب انتقال الحقوق . فالحق المعلق على شرط واقف يورث ، ويجوز لصاحبه أن يوصي به ، وأن يتصرف فيه بالبيع والهبة والرهن وغير ذلك من أنواع التصرف ، بل يجوز لصاحب هذا الحق أن ينزل عنه بارادته المنفردة فيزول . وتنص المادة ٩٤ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني على « أن الموجب الذي عقد على شرط التعليق وما زال الشرط فيه معلقاً يمكن التفرغ عنه بوجه خاص أو بوجه عام » ، أى يمكن أن ينتقل بسبب خاص كالوصية والبيع والهبة ، أو بسبب عام كالميراث .
- (٢) يجوز لصاحب الحق على شرط واقف أن يجرى الأعمال الماددة اللازمة لصيانتها من التلف . ولا يجوز للمدين تحت شرط واقف أن يقوم بأى عمل من شأنه أن يمنع الدائن من استعمال حقه عند تحقق الشرط ، أو يزيد هذا الاستعمال صعوبة . وكل تصرف من جانب المدين يضر بحقوق الدائن عند تحقق الشرط لا يعتد به ، وذلك فيما عدا الحقوق التى كسبها الغير بحسن نية (م ٩٥ لبناني) (١) .
- (٣) يجوز لصاحب الحق المعلق على شرط واقف أن يقوم بالأعمال التحفظية اللازمة للمحافظة على حقه ، كوضع الأختام وتحرير قوائم الجرد وقيد الرهن الرسمية وتجديد القيد والتدخل فى القسمة ورفع دعاوى تحقيق الخطوط ووضع الحراسة على الأعيان (٢) . بل يجوز له أن يستعمل الدعوى غير المباشرة ودعوى الصورية ، وقد سبق بيان ذلك عند الكلام فى هاتين الدعويتين (٣) .

(١) يبدان ولا جارد ٨ فقرة ٧٤٠ ص ٥٤٠ .
(٢) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٥ - وانظر أيضاً الفقرة الثانية من المادة ٩٣ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني .
(٣) ويجوز للدائن تحت شرط واقف أن يأخذ بحقه كفيلاً أو رهناً أو أى ضمان آخر (الاستاذ عبد الحى حجازى ١ ص ١٨٢) . ومن الأعمال التحفظية التى يستطيع المالك تحت شرط واقف أن يقوم بها قطع التقادم ضد حائز العين . ذلك أن التقادم فى هذه الحالة يبرى ضد المالك تحت شرط فاسخ ، ولكنه قد يتم قبل تحقق الشرط الواقف ، فإذا ما تحقق هذا الشرط ولم يستطع صاحبه قطع التقادم ، فإنه لا يتمكن من ذرع العين من حائزها بعد أن أصبح هذا مالاً كاملاً =

(٤) يجوز لصاحب الحق المعلق على شرط واقف أن يدخل في التوزيع ، ويطلب أن يخص بمبلغ يقابل قيمة حقه مع حفظ هذا المبلغ في خزانة المحكمة وتعليق قبضه لياه على تحقق الشرط (١) . ويجوز أن يوزع المبلغ على الدائنين التالي بشرط أن يقدموا كفالة تضمن رده في حالة تحقق الشرط (٢) . ولكن لا يجوز لصاحب الحق المعلق على شرط واقف حجز ما لمدينه لدى الغير ولا أن يقوم بأى حجز تحفظى آخر ، لأن حقه غير حال الأداء ولا يحقق الوجود (م ٥٤٣ وم ٦٠٤ مرافعات) ، ولكن إذا حجز دائن آخر على ما للمدين لدى الغير كان للدائن تحت شرط واقف أن يدخل في التوزيع على النحو الذى سبق ذكره (٢) .

٣١ - الحق المعلق على شرط واقف ومجوده غير كامل : ولكن الحق

المعلق على شرط واقف إذا كان موجوداً ، فان وجوده ناقص لم يتكامل ، ولا يتكامل إلا إذا تحقق الشرط . ومن ثم يفقد هذا الحق الناقص ، في مرحلة التعليق ، مزايا الحق الكامل من وجوه عدة ، نذكر من بينها :

(١) لا يكون الحق المعلق على شرط واقف قابلاً للتنفيذ القهرى وهو في حالة التعليق . فلا يستطيع الدائن تحت شرط واقف أن يقتضى جبراً من المدين الدين المعلق على هذا الشرط . بل لا يجوز للدائن تحت شرط واقف أن يستعمل الدعوى البولصية وهى توطئة وتمهيد مباشر للتنفيذ القهرى ، فقد قدمنا أن حق الدائن

== بالتقادم . ومن ثم جاز للمالك شرط واقف أن يتقطع التقادم قبل أن يتم توقيها لهذا القصر (أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٢ ص ١٠٥) .

ولكن لا يعتبر عملاً تحفظياً تطهير المعار المرهون ، فلا يجوز للمالك تحت شرط واقف لمعار مرهون أن يطهره ، ويجوز ذلك للمالك تحت شرط فاسخ إذ يعتبر التطهير عملاً من أعمال الإدارة كما سنرى (أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٢ ص ١٠٥ — بودرى وبارد ٢ فقرة ٨٤٢) .

(١) أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٢ ص ١٠٤ — توليه ٦ فقرة ٥٢٨ — وبرانثون ١١ فقرة ٦٩ — ديولومب ٢٥ فقرة ٣٧٠ — لوران ١٧ فقرة ٨٩ — بودرى وبارد ٢ فقرة ٨٤٣ — بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٧٤٠ ص ٥٤٠ .

(٣) لوران ١٧ فقرة ٨٩ .

(٢) استئناف غنطل ١٨ نوفمبر سنة ١٩٢٦ م ٣٩٩ ص ٢٣ — بودرى وبارد ٢ فقرة ٨٤٤ — الأستاذ إسحاق غانم في أحكام الالتزام ص ٢٥٩ هامش رقم ١ .

في الدعوى البولصية يجب أن يكون مستحق الأداء والحق المعلق على شرط واقف خير مستحق الأداء .

(٢) لا يجوز للدائن تحت شرط واقف أن يتقاضى حقه برضاء المدين عن طريق التنفيذ الاختياري . ليس ثمة بطبيعة الحال ما يمنع المدين تحت شرط واقف من أن يفي بالدین قبل تحقق الشرط ، ولا ما يمنع الدائن من تقاضى هذا الحق ، ولكن هذا الوفاء يكون وفاء بغير المستحق ، فإذا كان المدين قد وفى الدين وهو يعتقد خطأ أن الدين غير معلق على شرط أو أن الشرط قد تحقق ، جاز له استرداده وفقاً للقواعد العامة في دفع غير المستحق (١) .

(٣) لما كان الحق المعلق على شرط واقف غير مستحق الأداء لأن وجوده لم يتكامل ، فإن التقادم المسقط لا يسرى بالنسبة إليه ما دام حقاً معلقاً ، ولا يسرى التقادم إلا إذا تكامل وجود الحق وأصبح نافذاً وذلك بتحقيق الشرط .

(٤) إذا كان الحق المعلق على شرط واقف هو حق الملكية ، كان لهذا الحق مالكان : مالك تحت شرط واقف وهو الذى انتقلت له الملكية معلقة على هذا الشرط ، ومالك تحت شرط فاسخ وهو من انتقلت منه الملكية إلى المالك تحت شرط واقف (٢) . فالمالك تحت شرط واقف حقه غير كامل الوجود كما قدمنا ، أما حق المالك تحت شرط فاسخ فهو كامل الوجود . ومن ثم كان لهذا المالك أن يدير العين ، وأن يتصرف فيها ، وأن يطهر العقار ، وهو الذى يتحمل هلاك العين ، ويستطيع دائئوه أن ينفذوا بحقوقهم عليها (٣) .

(١) ديرانتون ١٣ فقرة ٦٨٨ - ديمولومب ٢٥ فقرة ٣٥٨ - لوران ١٧ فقرة ٩١ - بودرى وبارد ٢ فقرة ٨٣٢ - بلانويول وريير وبولانجييه ٢ فقرة ١٣٦٥ .
(٢) انظر في كل ذلك المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التفسيرية ٣ ص ١٤ - ص ١٥ - الموجز للمؤلف فقرة ٤٧٢ .

(٣) ولا يستطيع المالك تحت شرط واقف أن يمنع هذا التنفيذ ، ولكن إذا تحقق الشرط الواقف كان له أثر دسمى ، فنزول الآثار التي ترتبت عليه (بودرى وبارد ٢ فقرة ٨٣٤) .
ولا يستطيع المالك تحت شرط واقف أن يأخذ بالشفعة حال تعليق الشرط ، ولا يأخذ بالشفعة إلا إذا تحقق الشرط . كذلك البيع المعلق على شرط واقف لا يؤخذ فيه بالشفعة إلا إذا تحقق الشرط ، ولا تجرى مواعيد الشفعة إلا من وقت تحققه (استئناف مغلط ٢٩ أبريل سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٦٣) .

§ ٢ - الشرط الفاسخ

٣٢ - الحق المعلق على شرط فاسخ هو موجود نافذ : قدمنا أن الحق المعلق على شرط فاسخ حق موجود وجوداً كاملاً ، وهو في الوقت ذاته حق نافذ ، ولكنه حق موجود على خطر الزوال .

فصاحب هذا الحق يملكه حالا ، وله أن يديره وأن يتصرف فيه كما سبق القول ، ولكن تصرفاته تكون على خطر الزوال كحقه ، فإذا ما تحقق الشرط الفاسخ ، زال حقه وزالت معه جميع التصرفات التي أجراها فيه .

على أن هناك من الأعمال التي يقوم بها صاحب الحق المعلق على شرط فاسخ ما يبقى حتى بعد تحقق الشرط ، وهي أعمال الإدارة المقترنة بحسن النية ، وسيأتي بيان ذلك .

وقد قدمنا أن المالك تحت شرط فاسخ هو الذي يتحمل تبعة هلاك العين ، وهو الذي يظهر العقار المرهون ، ويستطيع دائئوه أن يتفلقوا بحقوقهم على العين المملوكة تحت شرط فاسخ ويكون هذا التنفيذ معلقاً إلغائه على تحقق الشرط (١) .

ويستطيع المالك تحت شرط فاسخ أن يحسب مدة حيازته للعين في التقادم ، فإذا أكل المدة ملك العين بالتقادم تجاه المالك الحقيقي ولحساب المالك تحت شرط واقف ، فإذا ما تحقق الشرط رجعت العين ، بعد أن تمت مدة التقادم ، لا إلى المالك الأصلي بل إلى المالك تحت شرط واقف (٢) .

(١) أوبري دود ٤ فقرة ٣٠٢ ص ١٠٢ . ويلغى المالك تحت شرط فاسخ وسوم انتقال الملكية كاملة .

(٢) بودري وهارد ٢ فقرة ٨٧٥ - وجاء في الموجز للمؤلف : « وإذا تلقى الدائن ملكية العين معلقة على شرط فاسخ ، وتبين بعد ذلك أن المدين تلقى الدائن عنه الملكية كان لا يملك العين بل كان واضحاً يده عليها ، فإن الدائن يملك العين بالتقادم إذا تأيد حقه بتسلف الشرط وكان قد أكل المدة اللازمة لملك العين بالتقادم . فحق بيع الوفاء لو أن البائع وفاء كان لا يملك العين ، ولكنه وضع يده عليها مدة اثني عشرة سنة ، ثم باعها وفاء ، وبقي المشتري واضحاً مدة ثلاث سنوات أخرى ، وانقضى ميحد الاسترداد دون أن يسترد البائع ، فإن المشتري يملك العين لا بالبيع لأنه صدر من غير مالك ، بل بالتقادم بعد أن أكل مدته خمس عشر سنة » =

ويستطيع المالك تحت شرط فاسخ أن يباشر دعاوى الملكية ودعاوى الحيازة بالنسبة إلى العين التي يملكها تحت هذا الشرط ، كما يستطيع أن يدفع عن نفسه كمالك أى اعتداء يقع على ملكيته .

وإذا كانت العين المملوكة تحت شرط فاسخ نصيباً شائعاً ؛ جاز للمالك تحت شرط فاسخ أن يطلب القسمة ، فإذا ماتت كانت نافذة في حقه وفي حق المالك تحت شرط واقف في حالة تحقق هذا الشرط . ذلك أن القسمة لإجراء من إجراءات الإدارة التي تبقى قائمة حتى بعد تحقق الشرط الفاسخ . ولكن يجوز للمالك تحت شرط واقف أن يتدخل في إجراءات القسمة حتى يمنع أى غش أو تواطؤ بين الشركاء . ويستوى فيما قدمناه أن تكون القسمة قسمة قضائية أو قسمة رضائية (١) .

= (الموجز فقرة ٤٧٨ ص ٤٨٦) . ونلاحظ هنا أن المشتري وفاء قد أكل التقادم إما لحسابه هو إذا لم يسترد البائع ، أو لحساب البائع إذا استرد . وفي حالة استرداد البائع المبيع وفاء تعود إليه الملكية ، ويعتبر أنه كسبها بالتقادم ، فقد وضع يده اثني عشرة سنة أكلها المشتري إلى خمس عشرة .

وكا يسرى التقادم لمصلحة المالك تحت شرط فاسخ ، كذلك يسرى التقادم ضده ، فلو أن عقاراً باعه صاحبه تحت شرط واقف ، فبقى هو مالكا إياه تحت شرط فاسخ ، ثم اغتصب العقار شخص آخر ، فإن المقتصب يكسب الملكية بالتقادم ضد المالك تحت شرط فاسخ ، ولا يقف التقادم لمصلحة المالك تحت شرط واقف (أوبري ورو ٤ فقرة ٣٠٢ ص ١٠٣) . ويذهب كثير من الفقهاء (ديرائون ٩ فقرة ٣١٢ - لاومبيير ٢ م ١١٨١ فقرة ١٦ - لوران ١٧ فقرة ٩٥ - بودرى وبارد ٢ فقرة ٨٢١ - فقرة ٨٢٢) إلى أن الحائز للعقار (المقتصب) يسرى تقادمه ضد المالك تحت شرط فاسخ أو ضد المالك تحت شرط واقف حسبما يتخلف الشرط أو يتحقق ، لأن تتخلفه أو تتحققه أثر رجعي . فإذا تخلف الشرط اعتبر التقادم سارياً ضد المالك تحت شرط فاسخ الذي تأيدت ملكيته بتخلف الشرط ، وإذا تحقق الشرط اعتبر التقادم سارياً ضد المالك تحت شرط واقف إذ يعتبر مالكا منذ البداية بتحقيق الشرط . ولا نرى في هذا الخلاف أهمية عملية مادام الجميع متفقين أن سريان التقادم لا يوقف ضد المالك تحت شرط واقف إذا ما تحقق الشرط وصار مالكا منسل. البداية واعتبر التقادم سارياً ضده . والنتيجة العملية لا تتغير ، فالحائز تحسب له مدة حيازته في أثناء تعلق الشرط ، إما ضد المالك تحت شرط فاسخ ، وإما ضد المالك تحت شرط واقف . ولذلك رأينا فيما قدمناه أن المالك تحت شرط واقف يستطيع أن يقطع التقادم أثناء تعلق الشرط ، ويعتبر هذا عملاً من أعمال الحفظ المخولة له بموجب حقه الملق على شرط واقف (انظر آنفاً فقرة ٣٠ في الهامش) .

(١) بودرى وبارد ٢ فقرة ٨٦٧ - فقرة ٨٧٢ . ويجوز للمالك تحت شرط فاسخ أن يأخذ =

أما الدائن تحت شرط فاسخ، أى من له حق شخصى معلق على هذا الشرط، فإن حقه يكون حالاً واجب الأداء، ويستطيع أن يتقاضاه من المدين طوعاً أو كرها، أى بطريق التنفيذ الاختيارى أو بطريق التنفيذ الجبرى.

٣٣- ولكن الحق المعلق على شرط فاسخ موجود على فطر الزوال :

على أن الحق المعلق على شرط فاسخ معرض للزوال، وهو يزول فعلاً بتحقق الشرط. فإذا كان الدائن تحت شرط فاسخ قد استوفى الدين من مدينه، ثم تحقق الشرط، جاز للمدين أن يسترد مادفع وفقاً للقواعد العامة في دفع غير المستحق (١).

ولا يستطيع صاحب الحق المعلق على شرط فاسخ، كما قلنا، أن يأتي من الأعمال مامن شأنه أن يعوق الجانب الآخر - صاحب الحق المعلق على شرط واقف - من استعمال حقه إذا نفذ هذا الحق بتحقق الشرط (٢).

= بالشفعة (المذكرة الإيضاحية المشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٧)، ويبقى حقه على العقار الذى أخذه بالشفعة قائماً حتى لو تحقق الشرط لفاسخ (استثناء من الأثر الرجعى)، ولا يرد المالك تحت شرط واقف عند تحقق الشرط إلا العين الأصلية دون العين المشفوع فيها. ويجوز للمالك تحت شرط فاسخ أن يظهر العقار المرحون، ويكون التطهير بائناً ولو تحقق الشرط لفاسخ (بودرى ٢ فقرة ٨٧٣ - كولان وكايبان ٢ فقرة ٦٥٩)، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك. أنظر في الأثر البات للأخذ بالشفعة والتطهير: المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢١ - الموجز للمؤلف ص ٤٨٥ - الأستاذ أحمد حشمت أبوستيت فقرة ٦٨٨ ص ٥١٥).

(١) ولا تقع المقاصة بين دين مطلق على شرط فاسخ ودين بات ما بقى التعليق قائماً (المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٧ - الموجز للمؤلف ص ٤٨١). ويذهب الأستاذ إسماعيل غانم (أسكام الالتزام ص ٢٥٩ هامش رقم ٢) إلى جواز المقاصة حالة التعليق لأن الدين حال الأداء، فإذا تحقق الشرط زالت المقاصة، ويستند في ذلك إلى موسوعة دالوز ٢ فقرة ١٢٢ ص ٩١٠. وتجوز المقاصة على كل حال بين دين كان مطلقاً على شرط فاسخ ثم تأيد وبين دين منجز منذ البداية (الموجز للمؤلف فقرة ٤٧٨ ص ٤٨٦).

(٢) أنظر في كل ذلك المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٧ - الموجز للمؤلف فقرة ٤٧٣.

المبحث الثاني

أثر الشرط بعد انتهاء مرحلة التعليق

٣٤ - مسائل البحث : إذا انتهت مرحلة التعليق فإن مآل الشرط يتبين ، فهو إما أن يتحقق وإما أن يتخلف . وسواء تحقق أو تخلف فلكل من ذلك أثره ، في حالتي الشرط الواقف والشرط الفاسخ . ويكون لتحقيق الشرط ، واقفاً كان أو فاسخاً ، أثر رجعي في الكثرة الغالبة من الأحوال .

فتكلم إذن في المسائل الآتية : (١) كيف يتحقق الشرط أو يتخلف . (٢) أثر تحقق الشرط أو تخلفه في حالتي الشرط الواقف والشرط الفاسخ . (٣) الأثر الرجعي للشرط .

٥ ١ - كيف يتحقق الشرط أو يتخلف

٣٥ - العبارة بارادة طرفي الالتزام في تحقق الشرط أو تخلفه : تنص المادة ١١٧٥ من التقنين المدني الفرنسي على أنه يجب أن يكون تحقق الشرط على الوجه الذي يظهر أن الطرفين قد أرادا وقصدا أن يكون (١) . وليس لهذا النص مقابل في التقنين المدني المصري ، ولكنه تطبيق للقواعد العامة ، فيمكن الأخذ بحكمه في مصر دون حاجة إلى نص في ذلك .

وقاضى الموضوع هو الذي يقدر الوجه الذي يريد الطرفان أن يكون عليه تحقق الشرط ، وذلك بالرجوع إلى نيتهما ، فيقضى بأن الشرط قد تحقق أو تخلف ، ولامعقب على حكمه . فإذا كان الشرط عملاً يجب القيام به ، نظر القاضى هل قصد الطرفان أن يقوم به شخص معين بالذات كما إذا كان عملاً فنياً لشخصية القائم به

(١) وهذا هو النص في أصله الفرنسي : Toute condition doit être accomplie de la manière que les parties ont vraisemblablement voulu et entendu qu'elle le fût.

اعتبار ملحوظ ، أو قصدا أن يقوم به أى شخص كما إذا كان عملا لacre فيه بشخصية القائم به . كذلك يقدر القاضى ما إذا كان الشرط يقبل التجزئة بحيث إن تحقق جزء منه قابله جزء من الالتزام المشروط ، أو أنه لا يقبل التجزئة فاما أن يتحقق كله وإلا عد متخلفاً . وقد يكون الشرط هو تحقيق غاية ، كما إذا كان زواجا اشترط على الدائن أن يعقده ، فعلى الدائن أن يعقد هذا الزواج حتى يتحقق الشرط ، وليس له أن يحتج بأنه قد بذل جهده فى عقد الزواج ولكنه لم يوفق ، فالشرط هنا هو تحقيق غاية هى عقد الزواج ، فإذا لم يتحقق هذه الغاية ، مهما تكن هذه الأسباب لعدم تحققها ولو كانت أسبابا قاهرة ، اعتبر الشرط متخلفاً . كما قد يكون الشرط هو بذل عناية ، فعند ذلك يجب من يطلب منه بذل هذه العناية ألا يدخر وسعا فى تحقيق الغرض المقصود ، ولكن ليس عليه أن يتحقق هذا الغرض .

وإذا تحقق الشرط أو تخلف ، فقد تحدد مصيره على وجه نهائى لا مبدل إلى الرجوع فيه . فإذا كان الشرط مثلا الزواج فى خلال مدة معينة ، وتم الزواج فى خلال هذه المدة ، فقد تحقق الشرط ولو وقع الطلاق بعد ذلك . وإذا لم يتم الزواج فى خلال المدة المعينة ، فقد تخلف الشرط ولو تم الزواج بعد انتهاء هذه المدة (١) .

٣٦ - الشرط الذى مرده تحقق أو تخلف وقت معين : وتنص المادة ١١٧٦

من التقنين المدنى الفرنسى على أنه « إذا علق الالتزام على شرط هو أن يقع أمر فى وقت معين ، فإن الشرط يعتبر متخلفاً إذا انقضى الوقت دون أن يقع هذا الأمر . فإذا لم يحدث لوقوع الأمر وقت ، جاز أن يتحقق الشرط فى أى وقت ولا يعتبر متخلفاً إلا إذا أصبح من المؤكد أنه لن يقع » (٢) . وتنص المادة ١١٧٧

(١) أنظر فى كل هذه المسائل بودرى وبارد ٢ فقرة ٧٩٠ — فقرة ٧٩٧ .

(٢) وهذا هو النص فى أصله الفرنسى : Lorsque une obligation est contractée sous la condition qu'un événement arrivera dans un temps fixe, cette condition est censée défaillir lorsque le temps est expiré sans que l'événement soit arrivé. S'il n'y a point de temps fixe, la condition peut toujours être accomplie; et elle n'est censée défaillir que lorsqu'il est devenu certain que l'événement n'arrivera pas.

من نفس التقنين على أنه « إذا علق الالتزام على شرط هو ألا يقع أمر في وقت معين ، فإن الشرط يتحقق إذا انقضى الوقت دون أن يقع هذا الأمر . وهو يتحقق كذلك قبل انقضاء الوقت إذا أصبح من المؤكد أنه لن يقع . فإذا لم يحدد وقت ، فإن الشرط لا يتحقق إلا عند ما يصبح مؤكداً عدم وقوع الأمر » (١) . ولا مقابل لهذه النصوص في التقنين المدني المصري ، ولكن يمكن الأخذ بأحكامها دون حاجة إلى نص لأنها ليست إلا تطبيقاً للقواعد العامة .

ومثل الشرط الذي يقع في وقت معين أن يعاق الملتزم التزامه على عودة ابنه الغائب في ميعداضضه ، فيقول إذا عاد ابني الغائب في خلال ثلاث سنوات مثلاً . وقد لا يعين ميعداضض ، فيقتصر على أن يقول إذا عاد ابني الغائب . ومثل الشرط الذي لا يقع في وقت معين أن يعلق الملتزم التزامه على انعدام خلف له ويضرب لذلك ميعداضض ، فيقول إذا لم يولد لي ولد في خلال سنتين مثلاً . وقد لا يعين ميعداضض ، فيقتصر على أن يقول إذا لم يولد لي ولد .

فإذا علق الملتزم التزامه على شرط أن يعود ابنه الغائب في خلال ثلاث سنوات ، فإن هذه المدة التي عينها تكون أحد عناصر الشرط ، ولا يتحقق الشرط إلا إذا عاد ابنه في خلال هذه المدة . فإن انقضضت دون أن يعود فإن الشرط يتخلف ، حتى لو عاد الابن بعد ذلك بمدة وجيزة . ولا يجوز للقاضي أن يمد المدة ، توقعاً لعودة الابن الغائب في أجل قريب . وتسرى المدة في حق القاصر وناقص الأهلية ولو لم يكن له ولي ، لأنها ليست مدة تقادم حتى يرد عليها الوقف ، كذلك لا يجوز قطعها كما تقطع مدة التقادم (٢) . ويتخلف الشرط أيضاً ، حتى قبل انقضاء المدة المعينة ، متى أصبح من المؤكد أن الابن الغائب

(١) وهذا هو النص في أصله الفرنسي : *Lorsqu'une obligation est contractée sous la condition qu'un événement n'arrivera pas dans un temps fixe, cette condition est accomplie lorsque ce temps est expiré sans que l'événement soit arrivé : elle l'est également, si avant le terme il est certain que l'événement n'arrivera pas; et s'il n'y a pas de temps déterminé, elle n'est accomplie que lorsqu'il est certain que l'événement n'arrivera pas.*

(٢) ديمولومب ٢٥ فقرة ٣٣٩ — فقرة ٣٤٠ — تولىه ٦ فقرة ٦٠٨ — لوران ١٧ فقرة ٧٥ — بودرى وبارد ٢ فقرة ٧٩٩ .

لن يعود ، بأن يموت مثلاً قبل انقضاء المدة (١) . أما إذا عاد الابن الغائب في خلال ثلاث سنوات ، فقد تحقق الشرط ، وببیت في ذلك قاضى الموضوع دون معقب على حكمه . وإذا كان الشرط غير مقترن بمدة محددة ، بل كان مقتصرأ على اشتراط عودة الابن الغائب ، فهو لا يتحقق إلا إذا عاد الابن . ولكنه يتحقق بعودة الابن في أى وقت ، حتى لو كان ذلك بعد موت الملتزم ، فان التزامه المعلق على شرط ينتقل إلى ورثته ، ويبقى معلقاً بعد انتقاله إلى الورثة حتى يعود الابن الغائب . ولا يتخلف الشرط في هذه الحالة إلا إذا أصبح من المؤكد أن الابن الغائب لن يعود في أى وقت ، ويكون ذلك إما بالتحقق من وفاته ، وإما بانقضاء مدة طويلة من الزمن تصبح معها وفاته أمراً يبلغ حد اليقين . ويجوز كذلك ، عند عدم تعيين مدة يتحقق في خلالها الشرط ، أن يعين القاضى مدة معقولة ، مستخلصاً إياها من نية الطرفين ومن ظروف التعاقد وملابساته (٢).

وما قدمناه ينطبق على الشرط السلبي : الا يقع أمر في خلال مدة معينة . فاذا علق الملتزم التزامه على شرط ألا يولد له ولد في خلال سنتين ، فان الشرط يكون قد تحقق إذا انقضت هذه المدة (٣) دون أن يرزق ولداً ، حتى لو رزق للولد بعد انقضاء المدة بوقت وجيز . بل أن الشرط يكون قد تحقق — وقد نصت على ذلك صراحة المادة ١١٧٧ فرنسى — حتى قبل انقضاء المدة إذا أصبح مؤكداً أن الملتزم لن يولد له ولد ، بأن ثبت عقبه مثلاً أو مات قبل انقضاء المدة . أما إذا رزق الملتزم ولداً في خلال السنتين ، فان الشرط يكون قد تخلف ، حتى لو مات الولد بعد ذلك ولو كان موته قبل انقضاء السنتين . وإذا كان الشرط غير مقترن بمدة ، بل كان مقتصرأ على ألا يولد للملتزم ولد ، فان الشرط يتخلف إذا رزق الملتزم ولداً في أى وقت إلى أن يموت . ويتحقق

(١) ولم يرد هذا الفرض في المادة ١١٧٦ فرنسى ، كما ورد نظيره في المادة ١١٧٧ فرنسى ، ولكنه حكم يستخلص من تطبيق القواعد العامة دون حاجة إلى نص .

(٢) بودوى وبارد ٢ فقرة ٨٠٠ .

(٣) ولا تمد المدة ولا توقف ولا تنقطع .

الشرط إذا أصبح من المؤكد ألا يولد له ولد ، بأن أصبح عقياً مثلاً أو ماتت زوجته وكان الشرط أن يكون الولد منها (١) .

٣٧- نفس الشرط أو تخلفه بطريق النفس : وتنص المادة ١١٧٨

من التقنين المدني الفرنسي على أنه « يعتبر الشرط قد تحقق إذا كان المدين بالتزام متعلق على هذا الشرط هو الذي منع تحققه » (٢) . وليس لهذا النص مقابل في التقنين المدني المصري ، ولكن المشروع التمهيدى لهذا التقنين كان قد احتوى على نص مقابل هو المادة ٣٨٨ من هذا المشروع ، وكانت تجرى على الوجه الآتى : ١ - يعتبر الشرط قد تحقق إذا كان الطرف الذى له مصلحة فى أن يتخلف قد حال بطريق النفس دون تحققه . ٢ - لا أثر للشرط الذى تحقق إذا كان تحققه قد وقع بنفس الطرف الذى له مصلحة فى أن يتحقق . والنص كما نرى أكثر استيعاباً وأوسع شمولاً من نص التقنين المدني الفرنسي (٣) . ولكنه

(١) وقد جاء فى المادة ٨٨ من تقنين الموجبات والعقود البنىافى : « إذا عقد موجب وكان ملتبساً بشرط وقوع حادث ما فى وقت معين ، فإن هذا الشرط يمد غير متحقق إذا انصرم ذلك الوقت ولم يقع ذلك الحادث . ولا يجوز للقاضى على الإطلاق أن يمنع فى هذه الحالة تمديداً للمهلة . وإذا لم يضرب أجل ما ، فإن تحقق الشرط يمكن فى كل آن ، ولا يمد غير متحقق إلا إذا أصبح من المؤكد أن الحادث لن يقع » . وجاء فى المادة ٨٩ من نفس التقنين : « إذا عقد موجب مباح شرعاً على ألا يطرأ حدث ما فى زمن معين ، فيمد هذا الشرط متحققاً إذا انقضى هذا الزمن ولم يقع الحدث ، أو أصبح من المؤكد قبل الأجل المعين أنه لن يقع . وإذا لم يكن ثمة وقت معين فلا يتحقق الشرط إلا إذا بات من المؤكد أن الحادث لن يقع » .

(٢) وهذا هو النص فى أصله الفرنسى : *La condition est réputée accomplie lorsque : c'est le débiteur, obligé sous cette condition, qui en a empêché l'accomplissement.*

(٣) وقد أخذ من المادتين ١٣١ - ١٣٢ من التقنين الفرنسى والمادتين ٩١ - ٩٢ من تقنين الموجبات والعقود البنىافى والمادة ١٦٢ من التقنين المدني الألمانى (انظر المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى ٢ ص ٤٠٨ - ٤٠٩) .

وقد نعت المادة ٩٠ من تقنين الموجبات والعقود البنىافى على ما يأتى : « أن الشرط الموقوف تحقيقه على اشتراك شخص ثالث فى السمل أو على فعل من الدائن يمد غير متحقق إذا انكسر الشخص الثالث عن الاشتراك أو الدائن عن إتمام الفعل المعين وأن يكن المانع غير منوط بمشيئته » . ونعت المادة ٩١ من هذا التقنين على أن « يمد الشرط متحققاً حينما يكون المدينون الملزمين لإتمامه »

حذف في لجنة المراجعة «لإمكان استخلاص حكمه من القواعد العامة» (١). وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في صدد هذا النص ما يأتى : «تواجه هذه المادة فرضين : أولهما يعرض حيث يحول ذو المصلحة في تخلف الشرط دون تحققه بطريق الغش ، كما هو الشأن في المدين بالتزام معلق على شرط موقف أو الدائن بالتزام معلق على شرط فاسخ . وفى مثل هذا الفرض يعتبر الشرط قد تحقق ولو أنه لازال متخلفاً في حكم الواقع ، جزاء ما وقع من غش المدين أو الدائن بحسب الأحوال . والثاني يعرض حيث يعمد ذو المصلحة ، على نقيض ماوقع في الفرض الأول ، إلى تحقيق الشرط بطريق الغش ، كما هو الشأن في الدائن بالتزام معلق على شرط موقف (كالمستأمن إذا انتحر أو تسبب في الحريق عمداً) ، والمدين بدين معلق على شرط فاسخ . ولا يرتب تحقق الشرط في هذا الفرض أثراً ما ، بل يبرأ المدين من التزامه ، أو يظل مرتبطاً به نهائياً ، رغم تحقق الشرط الموقوف أو الفاسخ . ومن الواضح أن إقرار هذا الحكم قصد به إلى قمع مايقع من غش من المدين أو الدائن بحسب الأحوال» (٢) .

وواضح أن ذا المصلحة من الطرفين في تخلف الشرط إذا حال دون تحققه بطريق الغش ، كالمدين تحت شرط واقف يحول دون تحقق هذا الشرط حتى لا ينفذ التزامه (٣)، أو الدائن تحت شرط فاسخ يحول دون تحقق هذا الشرط حتى يصبح حقه باتاً لا يفسخ ، يكون قد عمل على نقض ماتم من جهته ، ومن سعى إلى نقض ماتم من جهته فسعيه مردود عليه . وكذلك الحال في ذى المصلحة من الطرفين في تحقق الشرط إذا عمل على تحقيقه بطريق الغش ، كالمدين تحت شرط فاسخ يعمل على تحقيق هذا الشرط حتى يفسخ التزامه ، وكالدائن تحت شرط

= شرطياً قد منع بدون حق وقوع الحادث أو كان متأخراً عن إتمامه . ونصت المادة ٩٢ على أنه « لا مفعول للشرط المتحقق إذا وقع الحادث بخدعة من الشخص الذى كان من مصلحة أن يقع هذا الحادث » .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١١ في الهامش .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١١ في الهامش .

(٣) استئناف مخطوط ٦ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ١٥١ .

واقف يعمل على تحقيق الشرط حتى يصبح حقه نافذاً . في جميع هذه الأحوال يكون هناك خطأ من الطرف الذى عمل على تخلف الشرط أو على تحققه ، فيجب عليه التعويض عن خطأه . وخير تعويض هو أن يعتبر الشرط الذى عمل على تخلفه قد تحقق ، أو الشرط الذى عمل على تحقيقه قد تخلف ، فهذا هو التعويض العيني للخطأ الذى ارتكبه .

ولكن لابد أن يكون قد ارتكب خطأ في الحيلولة دون تحقق الشرط أو دون تخلفه ، ولا يكفى أن يكون بمجرد عمله قد حال دون ذلك من غير أن ينطوى هذا العمل على خطأ . فلو أن المؤجر التزم نحو المستأجر أن يؤجر له طابقاً آخر من الدار إذا بقى في الطابق الأول الذى أجره له مدة معينة ، ثم تأخر المستأجر عن دفع أجرة الطابق الأول مما دعا المؤجر أن يستصدر حكماً عليه بالإخلاء قبل انقضاء المدة المعينة ، فلا يقال في هذه الحالة أن المؤجر قد عمل ، باخراج المستأجر من الطابق الأول ، على تخلف الشرط مما يؤدي إلى اعتباره متحققاً . ذلك أن المؤجر لم يرتكب خطأ في إخراج المستأجر من الطابق الأول ، بل المستأجر هو الذى ارتكب الخطأ بتأخره عن دفع الأجرة . وإذا التزم شخص نحو ابنه باعطائه مبلغاً من المال إذا لم ين له داراً ، فان الأب يستطيع أن يبنى الدار لابن فيتخلف الشرط بذلك ، ولا يعتبر الأب مخطئاً في العمل على تخلف الشرط (١). ولما يعتبر الطرف قد أخطأ في العمل على تحقق الشرط ، ومن ثم يعتبر الشرط متخلفاً ، في القرض الآتي : شخص تعهد باعطاء إيراد مرتب لشخصين طول حياتهما ، على أن من يموت منهما قبل الآخر يرتد إرادته إلى صاحبه ، فيجمع هذا بين الإرادين . فاذا قتل أحد هذين الشخصين الآخر ، فانه يكون بذلك قد عمل غشاً على تحقيق الشرط الذى يترتب على تحققه أن يرتد له إيراد الشخص المقتول ، ومن ثم يعتبر الشرط متخلفاً جزاء له على غشه ، ولا يرتد له هذا الإيراد (٢). كذلك

(١) بودى وبارد ٢ فقرة ٨٠٦ .

(٢) عككة استئناف پواتيه أول فبراير سنة ١٨٨١ سيرة ٨٢—٢—٢٧ — بودى وبارد ٢ فقرة ٨٠٨ . وقريب من ذلك الوارث إذا قتل مودته ، فإنه لا يرث في الشريعة الإسلامية ، وإن كان حق الوارث في الميراث ليس حقاً معلقاً على شرط كما سبق القول .

إذا أحرق المؤمن على الحريق المكان الذي آمنه ، فإنه لا يستحق مبلغ التأمين . على أنه ليس من الضروري ، بعد أن حذف نص المادة ٣٨٨ من المشروع التمهيدى وكان يشترط أن تكون الحيلولة دون تحقق الشرط أو تخلفه بطريق الغش ، أن تكون الحيلولة حتماً بهذا الطريق . بل يكفى أن يكون هناك خطأ فى جانب من حال دون تحقق الشرط أو دون تخلفه ، ولو لم يصل هذا الخطأ إلى درجة التعمد والغش . فإذا تمهد صاحب مصنع لموظفيه بأن يعطيهم تعويضاً عن مصروفات انتقالهم إلى المصنع إذا لم يقدم لهم عربة خاصة تنقلهم إليه ، فإن مجرد تأخر أحد الموظفين عن إدراك العربة الخاصة يكون خطأ ، ويكون قد عمل على تحقيق الشرط بخطأ منه ، فلا يستحق تعويضاً عن مصروفات انتقاله إلى المصنع بوسائله الخاصة (١) .

(١) وقد جاء فى الموجز للمؤلف فى هذا الصدد : « ويعتبر الشرط قد تحقق حكماً إذا منع المدين تحقيقه عن عمد أو إهمال (م ١١٧٨ فرنسى - استئناف مخطوط ٦ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ١٥١) . فإذا تمهد شخص لسمار بأن يدفع له مبلغاً من النقود إذا توسط السمار فى بيع منزل مملوك للمعهد بالثمن المناسب ، ووجد السمار مشترياً بثمن مناسب ، وامتنع صاحب المنزل من بيعه عمداً أو أهمل حتى فسدت الصفقة ، فإن الشرط يعتبر متحققاً حكماً ، ويجوز للسمار أن يطالب بالمبلغ الذى وعد به . ولكن إذا كان المدين فى منته لتحقق الشرط إنما كان يستعمل حقاً له دون أن يتعسف فى استعماله ، فلا يعتبر الشرط متحققاً حكماً فى هذه الحالة . وقد ضرب بوتييه (الالتزامات فقرة ٢١٢) لذلك مثلاً : أوصى شخص لآخر بمنزل بشرط أن يدفع الموصى له مبلغاً من المال لشخص معين فى مدة سنة وإلا بقى المنزل للوارث . فإذا منع الوارث الموصى له من تحقيق الشرط الذى علق عليه الوصية ، بأن حجب على أمواله لدين شخصى فى ذمة الموصى له للوارث ، وجعل الوارث الموصى له بذلك عاجزاً عن دفع المال للشخص المعين فى المدة المحددة ، فإن الشرط يعتبر متحققاً لا متحققاً حكماً ولو أن الوارث هو الذى منع تحقيق الشرط ، لأنه فى منته لتحقق الشرط إنما كان يستعمل حقاً ثابتاً له . وكما أن الشرط يعتبر متحققاً حكماً إذا منع المدين تحقيقه لسبب غير مشروع ، فإنه كذلك يعتبر متحققاً حكماً إذا حققه الدائن بعمل غير مشروع . فن يتأكد مع شركة تأمين على الحياة على أن الشركة تعطى وديته مبلغاً من المال إذا مات ، ثم يجعل بعد ذلك بموته بأن يقتصر مثلاً ، فيحقق الشرط بعمل غير مشروع ، لا يكون بذلك قد حقق الشرط تحقيقاً معتبراً ، بل يعد الشرط متحققاً حكماً » (الموجز فقرة ٤٧٤ ص ٨٢٢) .

هذا ويلاحظ أن التزام شركة التأمين على الحياة بإعطاء الورثة مبلغ التأمين ، إذا مات مورثهم المؤمن له ، ليس التزاماً معلقاً على شرط ، بل هو التزام مقترن بأجل ، إذ الموت أجل لا شرط وإن كان أجلاً غير معين . ومع ذلك فإنه إذا انتصر المؤمن له ، لم يحل الأجل ، وتبرأ ذمة شركة التأمين من التزامها بدفع مبلغ التأمين (أنظر فقرة ٧٥ فيما يلى) .

ولا يطلب من الطرف ذى الشأن إلا أن يثبت أن الطرف الآخر قد حال بخطئه دون تحقق الشرط أو دون تخلفه (١) .

ولكن يجوز للطرف الآخر أن يثبت أنه بالرغم من خطئه فإن الشرط ما كان ليتحقق أو ما كان ليتخلف ، وفى هذه الحالة لا يجوز اعتبار الشرط متحققاً أو متخلفاً مادام الخطأ ليس هو السبب الحقيقى فى تخلفه أو فى تحققه (٢) .

٢٥ - أثر تحقق الشرط أو تخلفه

٣٨ - الشرط الواقف - النصوص القانونية : رأينا أن المادة ٢٦٨

من التقنين المدنى المصرى تنص فى صدرها على ما يأتى : « إذا كان الالتزام معلقاً على شرط واقف ، فلا يكون نافذاً إلا إذا تحقق الشرط » (٣) .

فاذا تحقق الشرط الواقف إذن نفذ الالتزام المعلق عليه ، وكان قبل تحقق الشرط موقوفاً كما رأينا (٤) . فيجوز بعد تحقق الشرط للدائن أن ينفذ بحقه اختياراً أو إجباراً ، وله أن يستعمل الدعوى البوليصية تمهيداً لهذا التنفيذ . ولا يرد ما قبضه ، لأنه قبض ما هو مستحق له . ويسرى التقادم فى حق الالتزام

(١) أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٢ ص ١٠٠ .

(٢) لاوسبيير ٢ م ١١٧٨ فقرة ١٠ - لوران ١٧ فقرة ٧٦ ص ٩١ - بودرى وبارد ٢ فقرة ٨٠٧ .

(٣) انظر تاريخ هذا النص والنصوص المقابلة له آنفاً فقرة ٢٨ فى الماحض - وقد كانت المادة ١٥٨/١٠٤ من التقنين المدنى السابق تنص على ما يأتى : « إذا كان نسخ التصهد معلقاً على أمر محقق فالنسخ باطل ، وبطل أيضاً إذا كان فسخه معلقاً على أمر مشكوك فيه فى الأصل ثم تحقق . وأما إذا كان التصهد مشروطاً فيه أنه معلق على أحد الأمرين ، فوجود المعلق عليه يبطل الشرط ويثبت التصهد . وصدر هذه المادة يعرض للشرط الفاسخ ، ويعرض السجز للشرط الواقف . والذى يعنىنا هو الشرط الواقف ، فإذا كان التصهد معلقاً عليه وتحقق الشرط - سواء كان محققاً منذ البداية أو كان مشكوكاً فى تحققه ثم تحقق ، ولا يعتبر فى الحالة الأولى شرطاً بالمعنى الصحيح (الموجز المؤلف من ٨١ ماحض رقم ١) - أصبح التصهد نافذاً ، وهذا هو عين ما يقرره صدر المادة ٢٦٨ من التقنين المدنى الجديد ، فلا فرق إذن فى الحكم ما بين النصين .

(٤) وقد كان للالتزام وقت تعلق الشرط وجود ناقص كما قلنا ، ويتحقق الشرط يتكامل هذا الوجود ، ويصبح الالتزام كاملاً الوجود نافذاً .

منذ تحقق الشرط ، وكان لايسرى حال تعلقه . وقد تقدم بيان كل ذلك . هذا ويعتبر الالتزام بتحقيق الشرط موجوداً ، لا منذ تحقق الشرط فحسب ، بل منذ نشوء الالتزام(١) ، وهذا هو الأثر الرجعى لتحقيق الشرط وسيأتى بيانه . ويستخلص من ذلك أنه إذا تم العقد معلقاً على شرط واقف ، لم يجوز لأحد المتعاقدين أن يرجع فى تعاقدته ما بين تمام العقد وتحقق الشرط ، فان الشرط إذا تحقق اعتبر العقد قد تم وترتبت عليه جميع آثاره منذ انعقاده لا منذ تحقق الشرط(٢) .

أما إذا تخلف الشرط الواقف ، فان الالتزام الذى كان معلقاً على هذا الشرط — وكان له وجود ناقص كما قدمنا — ينمى ويصبح كأن لم يكن ، ولا يعتبر له وجود ، لا كامل ولا ناقص ، منذ البداية ، وهذا هو الأثر الرجعى لتخلف الشرط . وينبئ على ذلك أن المدين إذا لم يكن قد وفى شيئاً من الالتزام كان غير ملزم بالوفاء أصلاً ، وإذا كان قد وفى شيئاً فانه يسترده(٣) . وينبئ على ذلك أيضاً أن الدائن إذا كان قد تصرف فى الشيء ، فان تخلف الشرط الواقف . يلغى جميع تصرفاته لأنها جميعها كانت معلقة على هذا الشرط الواقف كما قلنا(٤) .

٣٩- الشرط الفاسخ — النصوص القانونية : تنص المادة ٢٦٩

من التقنين المدنى على ما يأتى :

١٥- يترتب على تحقق الشرط الفاسخ زوال الالتزام . ويكون الدائن ملزماً برد ما أخذه ، فاذا استحال الرد لسبب هو مسئول عنه وجب عليه التعويض .

(١) استئناف مخطوط ٢ نوفمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٢٩ .

(٢) بودى وبارد ٢ فقرة ٨٤٧ .

(٣) بودى وبارد ٢ فقرة ٨٤٩ .

(٤) على أن هناك أحوالاً إذا نفذت لم يمسها تخلف الشرط الواقف . وقد قضت محكمة الاستئناف المخططة فى هذا المعنى بأنه إذا دفع المقرض المقرض جزءاً من القرض ، على أن له الباقي إذا قدم المقرض شهادة بخلو العقار المرهون ضماناً لهذا القرض من الحقوق المبنية والتكاليف ، فإن الرهن يبقى ضماناً للجزء المدفوع من القرض حتى لو ظهر أن العقار مثقل بحقوق سابقة (استئناف مخطوط ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٠٢ م ١٥ ص ١٤) .

٢- على أن أعمال الإدارة التي تصدر من الدائن تبقى نافذة رغم تحقق الشرط (١).

ونرى من ذلك أنه إذا تحقق الشرط الفاسخ ، فإن تحققه يزيل الالتزام المعلق عليه ، فيعتبر هذا الالتزام كأن لم يكن منذ البداية بفضل الأثر الرجعي .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٣٩٠ من المشروع التمهيلي على وجه يكاد يكون مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . وفي لجنة المراجعة أقر النص بعد استبدال كلمة «استحال» بكلمة «قمل» في الفقرة الأولى، وأصبح قوله المادة ٢٨١ من المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب . وفي لجنة مجلس الشيوخ استبدلت كلمة «نافذة» بكلمة «قائمة» في الفقرة الثانية، وأصبح رقم المادة ٢٦٩ . ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التشريعية ٣ ص ١٦ وص ١٨) .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق صدر المادة ١٠٤/١٥٨ ، وهو كما رأينا يقضي بأنه «إذا كان نسخ التمدد معلقاً على أمر محقق فالتمدد باطل، ويبطل أيضاً إذا كان فسخه معلقاً على أمر مشكوك فيه في الأصل ثم تحقق» . والنسخ المعلق على أمر محقق لا يعتبر فسخاً معلقاً على شرط ، إذ الأمر المحقق لا يمكن أن يكون شرطاً كما قلنا ، ومن ثم يكون التمدد غير موجود ما دام فسخه معلقاً منذ البداية على أمر محقق ، أي ما دام مفسوخاً منذ البداية . أما في الحالة الثانية الواردة في النص ، وهي حالة الشرط بالمعنى الصحيح ، فإن الفسخ يكون معلقاً على أمر مشكوك فيه ثم يتحقق ، ويتحقق الشرط يزول الالتزام . وهذا هو عين الحكم في التقنين المدني الجديد .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٢٦٩ (وهي مطابقة للمادة ٢٦٩ من التقنين المدني المصري) . وفي التقنين المدني الليبي م ٢٥٦ (وهي مطابقة للمادة ٢٦٩ من التقنين المدني المصري) . وفي التقنين المدني العراقي : م ٢٨٩ - ١ - المقعد المعلق على شرط فاسخ يكون نافذاً غير لازم . فإذا تحقق الشرط فسخ العقد ، وأزيم الدائن برد ما أخذه ، فإذا استحال رده وجب الضمان . وإذا تخلف الشرط لزيم العقد . ٢ - على أن أعمال الإدارة التي تصدر من الدائن تبقى قائمة رغم تحقق الشرط . (ولا فرق في الحكم بين التقنين العراقي والتقنين المصري رغم اختلاف العبارة ، ويرجع اختلاف العبارة إلى تأثر التقنين العراقي بتصريحات الفقه الإسلامي - انظر الأستاذ حسن الزنون في أحكام الالتزام فقرة ١٣٩) . وفي تقنين الموجبات والمقود البناني : م ٩٧ - إن شرط الإنهاء لا يوقف تنفيذ الموجب ، بل يقتصر على إلزام الدائن برد ما أخذه عنه تحقق الشرط . وإذا لم يتمكن من رده لسبب هو مسئول عنه ، لزمه بدل المثل والغرض . غير أنه لا يلزمه رد المنتجات والزوائدات ، وكل نص يقضي عليه برد المنتجات يمد كأنه لم يكن - م ٩٩ - إذا تحقق شرط الإنهاء ، فإن الأعمال التي أجزاها الدائن في خلال ذلك تصبح لغواً ، ما عدا أعمال الإدارة فإنها تبقى ثابتة على كل حال . (ولا فرق في الحكم ما بين التقنين البناني والتقنين المصري رغم اختلاف العبارة) .

وينفسخ الالتزام بقوة القانون ، دون حاجة إلى حكم أو إعدار ، ويرتب على ذلك ما يأتي : (١) لا حاجة لطلب الفسخ ، ومن باب أولى لاستصدار حكم به ، ولكن إذا حصل نزاع وجب الاتجاه إلى القضاء ، لا ليقضى بالفسخ كما يفعل في فسخ العقد الملزم للجائين إذا أخل أحد المتعاقدين بالتزامه ، بل ليقرر أن العقد قد انفسخ ، ولا يجوز له أن يمنح أية مهلة . (٢) يجوز لكل ذي مصلحة التمسك بانفساخ العقد ، فيستطيع دائنو البائع بعد انفساخ عقد المشتري أن يحجزوا على المبيع مباشرة بمجرد تحقق الشرط الفاسخ . (٣) لا يجوز للطرفين باتفاقهما أن ينزلا عن الفسخ ، إذ يعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه ، ولا بد من إبرام عقد جديد ينقصد من وقت إبرامه .

وبتحقق الشرط الفاسخ تسقط جميع التصرفات التي صدرت من الدائن تحت شرط فاسخ ، ولا تبقى إلا أعمال الإدارة على الوجه الذي سنبينه فيما يلي . وإذا كان الدائن قد استوفى الدين ، وتحقق الشرط الفاسخ ، فعليهِ أن يرده للمدين ، وإذا استحال الرد لغير سبب أجنبي ، كان عليه أن يعوض المدين عما أصابه من الضرر . أما إذا رجعت الاستحالة إلى سبب أجنبي ، فقد انقضى الالتزام بالرد ، ولا عمل للتعويض في هذه الحالة . والالتزام بالرد مبني على أساس دفع غير المستحق ، فانه لما تحقق الشرط الفاسخ بأثر رجعي ، تبين أن الشيء الذي دفعه المدين للدائن لم يكن مستحقاً ، فكان له الحق في استرداده .

وإذا تخلف الشرط الفاسخ ، فإن الالتزام الذي كان معلقاً عليه وكان على خطر الزوال يصبح باتاً غير معرض للزوال ، وتصبح جميع تصرفات الدائن تحت شرط فاسخ هي أيضاً باثة غير قابلة للنقض . أما تصرفات الطرف الآخر التي كانت معلقة على شرط واقف ، ولم يتحقق هذا الشرط بتخلف الشرط الفاسخ ، فإنها تزول بأثر رجعي كما قلنا . ويتم كل ذلك بمجرد تخلف الشرط الفاسخ دون حاجة إلى حكم أو إعدار ، كما رأينا ذلك في حالة تحقق هذا الشرط .

٤ — أعمال الإدارة في حالة تحقق الشرط الفاسخ : قدما أن جميع تصرفات الدائن تحت شرط فاسخ تسقط بتحقيق الشرط فيما عدا أعمال الإدارة . وقد نصت على ذلك صراحة ، كما رأينا ، الفقرة الثانية من المادة ٢٦٩ إذ تقول :

« على أن أعمال الإدارة التي تصدر من الدائن تبقى نافذة رغم تحقق الشرط » .
وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي :

« أما ما يصدر من الدائن من أعمال الإدارة فيظل قائماً رغم تحقق الشرط ،
ذلك أن هذه الأعمال لا تؤثر في الحقوق التي استقرت نهائياً من جراء تحقق
الشرط . ثم أنه من الأهمية بمكان أن يكفل لها ما ينبغي من الاستقرار . وغنى
عن البيان أن بقاء الأعمال التي تقلمت الإشارة إليها مشروط بحسن نية من
صدرت عنه وعدم تجاوزه المألوف في حدود الإدارة . فإذا كان عمل الإدارة
إجارة مثلا ، وجب ألاّ تجاوز مدتها ثلاث سنوات » (١) .

والمثل المألوف لأعمال الإدارة هو الإيجار . ويدخل في أعمال الإدارة أيضاً
قبض الأجرة وبيع الثمار والمحصولات وقيد الرهن وتجديد القيد وتسجيل العقد
ونحو ذلك . بل يدخل في أعمال الإدارة ، فلا يفسخ بتحقيق الشرط الفاسخ ،
القسمة وتطهير العقار . فإذا أجرى المالك قسمة العين الشائعة التي يملكها تحت
شرط فاسخ ، فإن هذه القسمة ، سواء كانت قضائية أو رضائية ، لا تفسخ
بتحقيق الشرط ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك . وكذلك الأمر فيما يتعلق بتطهير
العقار إذا كان مثقلاً برهن وأجرى المالك تحت شرط فاسخ تطهيره ، فلا يعود
مثقلاً بالرهن حتى لو تحقق الشرط الفاسخ (٢) . كما تقدم القول .

ولكن يشترط لبقاء أعمال الإدارة بالرغم من تحقق الشرط الفاسخ أمران :
(١) أمر ذاتي ، هو حسن نية صاحب الحق المعلق على شرط فاسخ ، فيجب
ألا يتخذ من أعمال الإدارة ذريعة يتوسل بها إلى تعطيل حق الطرف الآخر إذا
تحقق الشرط الفاسخ . (٢) وأمر موضوعي ، هو ألا يتجاوز في أعمال الإدارة
الحد المألوف ، فلا يعقد إجارة لمدة تجاوز ثلاث سنوات ، ولا يبيع إلا
الموجود من المحصولات فيمتنع عليه بيع المحصولات المستقبلية لسنين قادمة ،
وهكذا .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٧ .

(٢) انظر في هذا المعنى أنسيكلوبيدي دالوز ١ لفظ Condition فقرة ٦٣ — كولان
وكايتان ٢ فقرة ٦٥٩ . وانظر في أن هذه المسألة تختلف فيها : بودري وبارد ٢ فقرة ٨٧٣ —
بودري ولوان ٣ فقرة ٢٣٤٠ — فقرة ٢٣٤٦ .

والسبب في بقاء أعمال الإدارة واضح ، لأن هذه الأعمال ضرورية ويجب القيام بها في وقتها المناسب ، ويجب أن يكون لها من الاستقرار ما يكفل لها البقاء حتى يتيسر اجرائها . ولما كان صاحب الحق المعلق على شرط فاسخ هو الذي يملك الإدارة ، فقد يسر له القانون مهمته بأن أبقى أعماله قائمة حتى بعد تحقق الشرط الفاسخ ، مادام قد توافر فيها الشرطان المتقدمان .

§ ٣ - الأثر الرجعي لتحقيق الشرط

٤١ - النصوص القانونية : تنص المادة ٢٧٠ من التقنين المدني على ما يأتي :

١ - إذا تحقق الشرط استند أثره إلى الوقت الذي نشأ فيه الالتزام ، إلا إذا تبين من إرادة المتعاقدين أو من طبيعة العقد أن وجود الالتزام أو زواله إنما يكون في الوقت الذي يحقق فيه الشرط .

٢ - ومع ذلك لا يكون للشرط أثر رجعي إذا أصبح تنفيذ الالتزام قبل تحقق الشرط غير ممكن لسبب أجنبي لا يد للمدين فيه (١) .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المواد ١٥٩/١٠٥ و ١٦٠/١٠٦ و ٢٦٩ مكررة/٣٤٠ (٢) . ولا فرق في الحكم بين التقنينين .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٧٩١ من المشروع التمهيلي على الوجه الذي استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، بعد أن أبدلت في لجنة المراجعة كلمة « انسحب » بكلمة « استند » . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٢٨٢ من المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٢٧٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٩ و ص ٢١ - ص ٢٢) .

(٢) التقنين المدني السابق : م ١٥٩/١٠٥ : إذا تم الشرط بوقوع الأمر المعلق عليه وجود التصهد أو بطلانه ، فيعتبر التصهد والحقوق اللاحقة له مستحقة له لأغية من وقت الاتفاق على هذا الشرط .

م ١٦٠/١٠٦ : ومع ذلك إذا صار الوفاء بالتصهد به غير ممكن قبل وقوع الأمر المعلق عليه وجود التصهد ، فلا يكون لهذا الأمر تأثير عند وقوعه .

ويقابل النص في التقينات المدنية العربية الأخرى: في التقين المدني السوري المادة ٢٧٠، وفي التقين المدني الليبي المادة ٢٥٧، وفي التقين المدني العراقي ٢٩٠، وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المواد ٩٥ و٩٦ و٩٨ و٩٩ (١).

م ٢٦٩ مكررة/٣٤٠: لا يضر وقوع الشرط الذي يجعله الدائن المرتين لمقارن الحقوق الآيلة إليه من البائع تحت شرط توقيفي أو من المشتري تحت شرط فاسخ (قانون رقم ٧٩ لسنة ١٩٤٣) : وهذا النص في التقين المدني السابق يقابل المادة ١٠٣٤ من التقين المدني الجديد . ويلاحظ أن المقد الملحق على شرط لابد من شجره معلقاً بالشرط ، فإذا ما تحقق الشرط أثر ذلك في حق الدائن المرتين ، وهذا خلافاً لحكم المادة ٢٦٩ مكررة / ٣٤٠ من التقين المدني السابق (الأستاذ أحمد حشمت أبوستيت فقرة ١٨٨ ص ٥١٥) .

(١) التقينات المدنية العربية الأخرى :

التقين المدني السوري : م ٢٧٠ (مطابقة للمادة ٢٧٠ من التقين المدني المصري) .

التقين المدني الليبي : م ٢٥٧ (مطابقة للمادة ٢٧٠ من التقين المدني المصري) .

التقين المدني العراقي : م ٢٩٠ (مطابقة في الحكم للمادة ٢٧٠ من التقين المدني المصري : انظر الأستاذ حسن الدنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ١٤٣ — فقرة ١٤٨)

تقين الموجبات والعقود اللبناني م ٩٥: أن الموجب عليه تحت شرط التعليق لا يمكنه قبل تحقق هذا الشرط أن يقوم بأي عمل من شأنه أن يمنع استعمال حقوق الدائن أو يزيد صعوبة في حالة تحقق الشرط . وبعد أن يتحقق شرط التعليق تكون الأعمال التي أجراها الموجب عليه في خلال ذلك ملغاة على قدر ما يكون فيها من الإضرار بالدائن ما عدا الحقوق المكتسبة شرعاً لشخص ثالث حسن النية .

م ٩٦ : إذا هلك أو تميى موضوع الموجب الملحق على شرط قبل تحقق الشرط فطبق الفوائد الآتية : إذا هلك الشيء بجمه ولم يكن هلاكه ناشئاً من فعل أو خطأ من المديون ، فيبقى تحقق الشرط بدون مفعول وبعد الموجب كأنه لم يكن . وإذا كان هذا الموجب ناشئاً عن عقد متبادل فإن الشيء هلك على المديون ، بمعنى أنه لا يحق له أن يطالب الدائن بتنفيذ الشيء المقابل . وإذا تميى الشيء أو نقصت قيمته بلا فعل ولا خطأ من المديون ، وجب على الدائن قبوله بمجمله دون تخفيض من الثمن . وإذا هلك الشيء بجمه بخطأ أو بفعل المديون ، حق الدائن أن يطالب بدل العطل والضرر . وإذا تميى الشيء أو نقصت قيمته بخطأ أو بفعل من المديون ، كان للدائن أن يضار إما بقبول الشيء على حالته وإما بإلغاء العقد ، وفي الحالتين لا يحرم حق المطالبة ببدل العطل والضرر عند الانقضاء . كل ذلك إذا لم يشترط الفريقان خلافة .

م ٩٨ : إن القاعدة المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة ٩٥ تطبق على الموجبات لمقودة على شرط الإلغاء، فيما يختص بالأعمال التي أجراها ذلك الذي تلحق حقوقه بتحقيق الشرط ، ما خلا الحقوق المكتسبة شرعاً لشخص ثالث حسن النية .

م ٩٩ : إذا تحقق شرط الإلغاء فإن الأعمال التي أجراها الدائن في خلال ذلك تصبح لغوا ، ما عدا أعمال الإدارة فانها تبقى ثابتة على كل حال .

وهذه المسألة هي من أهم المسائل في الشرط . ويختلف الشرط عن الأجل بوجه خاص في أن للشرط أثراً رجعياً ليس للأجل (١)، وفي أن الشرط أمر غير محقق الوقوع والأجل أمر محقق .

ونتكلم ، في الأثر الرجعي للشرط (٢) ، في المسائل الآتية : (١) الأساس الذي يقوم عليه مبدأ الأثر الرجعي وتقدير هذا المبدأ . (٢) ما يترتب من النتائج على الأثر الرجعي . (٣) ما يستثنى من إعمال الأثر الرجعي .

٤٢ - الأساس الذي يقوم عليه مبدأ الأثر الرجعي - تقرير

هذه المبدأ : أشرنا فيها قديمنا إلى أن لتحقيق الشرط ، سواء كان الشرط واقعاً أو فاسخاً ، أثراً رجعياً . وهذا ما نقوله صراحة المادة ٢٧٠ مدني ، فهي كما رأينا تقرر أنه إذا تحقق الشرط استند إلى الوقت الذي نشأ فيه الالتزام .

ونبدأ ببيان الأساس الذي يقوم عليه مبدأ الأثر الرجعي ، وقد تشعبت الآراء في بيان هذا الأساس .

فن الفقهاء من يذهب إلى أن الأثر الرجعي لتحقيق الشرط ليس إلا مجرد افتراض وهمي (fiction) من جانب المشرع ، الفرض منه تفسير بعض

= (والثنتين البتاني ، كما نرى ، لا يصرح بمبدأ الأثر الرجعي لتحقيق الشرط ، ولكنه يورد أهم تطبيقاته وأهم استثناءاته . ولعله تأثر بالنقد الذي يوجه عادة من الفقه الحديث إلى مبدأ الأثر الرجعي . وهو في ثمة الملاك يتمشى مع أحكام القانون المدني الفرنسي إلا في التمييز والملاك الجزئي) .

(١) لم يكن القانون الروماني في هذه المادى يجعل لشرط أثراً رجعياً في كل الصور . فقد كان الأثر الرجعي لتحقيق الشرط الواقع مختلفاً فيه بين الفقهاء المدرسين ، ولم يكن لتحقيق الشرط الفاسخ في هذا العهد المدرسي أثر رجعي . وإنما جعل لتحقيق الشرط أثر رجعي في جميع الصور في عهد جوستينيان (جزار الطبعة الثامنة ص ٥٠٨ — شوس Chausse في مقاله في الأثر الرجعي للتصرفات في المجلة الانتقادية سنة ١٩٠٠ ص ٥٢٩ — ص ٥٤٧ — بلانويول وريبر وردوان ٧ فقرة ١٠٣٧ ص ٣٨٦ — ص ٣٨٧) .

(٢) انظر في هذه المسألة : رسالة فلدرمان Felderman باريس سنة ١٩٣٥ — مرلان Martin في مجلة القانون المدني الفصلية سنة ١٩٤٨ ص ٢٧١ وما بعدها — تقرير هوان Houin وكزاليه جان Xavier Janno في مجموعة أعمال جمعية هنري كاييتان ٣ ص ٢٤٢ وما بعدها .

النتائج التي تترتب على تحقق الشرط ، ومن ثم لا يجوز التوسع في أعمال هذا الأثر الرجعي ، بل يجب قصره على الأحوال التي قصد المشرع صراحة أو ضمناً أن يكون لتحقيق الشرط فيها هذا الأثر (١) . ولكن هذا الرأي لا يحل الإشكال ، إذ يبقى أن نعرف لماذا افترض المشرع هذا الافتراض الوهمي في النتائج التي ترتبها على تحقق الشرط .

ومن الفقهاء من يذهب إلى أن الأثر الرجعي لتحقيق الشرط ليس إلا تعبيراً ملائماً للقول بأن تحقق الشرط ليس من شأنه إلا تثبيت حق كان موجوداً من قبل ، وهذا التثبيت (confirmation) هو كل المقصود بالأثر الرجعي . وعلى هذا المعنى لا يكون الأثر الرجعي افتراضاً وهمياً من جانب المشرع ، بل هو استجابة لحقيقة واقعة ، فالحق المعلق على شرط موجود منذ وجود الاتفاق ، وما تحقق الشرط بمنشئ له بل هو تثبيت لوجوده (٢) . ولكن يؤخذ على هذا الرأي أنه يقتصر على تفسير الشرط الواقف دون الشرط الفاسخ . ويؤخذ عليه ، حتى في تفسيره للشرط الواقف ، أنه يفرض أن الحق المعلق على شرط واقف موجود منذ البداية وتحقق الشرط إنما يقتصر على تثبيته ، وهذا التفسير مصادرة على المطلوب ، فإن وجود الحق منذ البداية لم تقل به إلا لأن للشرط أثراً رجعياً ، فلا يجوز أن يفسر هو نفسه هذا الأثر الرجعي (٣) .

ويذهب كولان وكابيتان إلى أن الأثر الرجعي للشرط ليس إلا تطبيقاً للمبدأ القاضي بأن فاقد الشيء لا يعطيه (nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipso habet) . فصاحب الحق المعلق على شرط واقف أو على شرط فاسخ لا يستطيع أن يتصرف في هذا الحق إلا تحت الشرط الواقف

(١) أوبري وور وبارتان ٤ فقرة ٣٠٢ ص ١٠٦ هامش رقم ٦٠ مكرر ثالثاً — بودري وبارد ٢ فقرة ٨٠٩ — بلانيوك وريير وبونجييه ٢ فقرة ١٣٦٦ .

(٢) ديولومب ٢٥ فقرة ٣٧٧ — لاروميير ٢ م ١١٧٩ فقرة ٩ — ماركاديه ٤ م ١١٧٩ فقرة ٥٥٨ .

(٣) وينبغي إخراج إلى أن القانون الروماني كان يقول بالأثر الرجعي ، ويفسر ذلك باعتبارات عملية ، وبأن الحق قد وجدت بذاته منذ البداية كالجنتين ، وإن كان المنطق يقضي بالأثر الرجعي ، وأنه يجب الترتيب حتى يولد الحق (إخراج في روح القانون الروماني ٤ ص ١٦٧) .

أو الشرط الفاسخ ، وإلا أعطى أكثر مما يملك (١) . ولكن هذا التفسير لا يكفي لتأسيس الأثر الرجعي ، فإذا كان المالك تحت شرط فاسخ لا يستطيع أن ينقل للغير أكثر مما يملك ، فإن هذا لا يمنعه من أن ينقل ما يملك . وهو يملك حقاً معلقاً على شرط فاسخ ، فيستطيع أن ينقله ، حتى إذا مات تحقق الشرط لم ينتج أثره إلا من وقت تحققه لا منذ البداية . فالمبدأ القاضى بأن فاقد الشيء لا يعطيه لا يقتضى حتماً الأخذ بمبدأ الأثر الرجعي لتحقيق الشرط (٢) .

وقد ذهب بعض رجال الفقه الحديث إلى إنكار الأثر الرجعي للشرط ، إذ يرونه مجافياً للواقع ، ومعتلاً لحرية تصرف المالك في ملكه ، وضاراً بالغير إذ يبقّى على الدوام مهدداً بهذا الأثر الرجعي ، وبذلك تتعقد المعاملات ولا تستقر الحقوق (٣) . وقد عمدت بعض التفتينات الحديثة فعلاً إلى إنكار أن

(١) كولان وكايتان ٢ فقرة ٦٥٨ - ولكنهما يقولان أيضاً أنه يجب عدم اعتبار الأثر الرجعي مبدأ عاماً ، بل الأصل هو أن الأثر لا يترتب إلا عند تحقق الشرط ، مع استثناء بعض حالات يكون فيها الأثر الرجعي تفسيراً قوياً لفكرة تثبيت الحق الموجود من قبل (كولان وكايتان ٢ فقرة ٦٥٩) . والفقيهان يقلبان الوضع بذلك ، فإن الأصل هو الأثر الرجعي والمكسر هو الاستثناء .

(٢) أنظر في هذا المنى بلانجيل وريبير ودوان ٧ فقرة ١٠٣٧ ص ٣٨٩ - ص ٣٩٠ . (٣) كولان وكايتان ٢ فقرة ٦٥٩ - بلانجيل وريبير وبولانجيل ١ فقرة ٢٣٠ و ٢ فقرة ١٣٧٣ . ويقول بيدان ولاجارد (٨ ص ٥٤١ هامش رقم ١) أنه منذ آخر القرن التاسع عشر أخذ بعض رجال الفقه الحديث ينتقدون فكرة الأثر الرجعي لتحقيق الشرط ، وبخاصة رجال الفقه الروماني تحت تأثير ونشاهد (Winscheid) ، إذ ذهبوا إلى أن الأثر الرجعي في نظرية الشرط زيفٌ . يقيق الباحث (جيرار الطيبة الثامنة ص ٥٠٧ - ٥٠٨) .

وجاء في الموجز المؤلف عن المذهب المنكر للأثر الرجعي ما يأتي : « وهناك ملعب حديث ينكر أن يكون الشرط أثر رجعي ، ويرى أن إستناد أثر الشرط لتاريخ سابق على تحققه أو تخلفه أمر مخالف لطبيعة الأشياء ، وأن الطبيعي هو أن ينتج تحقق الشرط أو تخلفه ما يترتب عليه من الأثر من الوقت الذي وقع فيه هذا التحقق أو هذا التخلف لا قبل ذلك ، لأن تحقق الشرط أو تخلفه هو العلة لهذا الأثر والمعلول لا يسبق العلة . ويدعم المذهب هذه الحجة المنطقية باعتبار تاريخية وعملية . فن الناحية التاريخية يستند إلى أن القانون الروماني لم يقرر مبدأ الأثر الرجعي للشرط كتعامدة عامة ، بل أن هناك نصوصاً وردت في هذا القانون تقتضى مع الأثر الرجعي ولم يخرج فقهاء القانون الفرنسي القديم عن تقاليد القانون الروماني في هذا الصدد ، ولم يأت بوتييه إلا (بمجالتين) يفسرها بالأثر الرجعي . وقد نقل قانون نابليون نظرية الأثر الرجعي للشرط عن بوتييه ، فلم يرد أن يخرج بها عن صورتها التقليدية الضيقة . أما من الناحية العملية فإن نظرية الأثر الرجعي ليست ضرورية بالنسبة لبعض النتائج ، وليست صحيحة بالنسبة =

يكون لتحقق الشرط أثر رجعي ، كما فعل التقنين الألماني وتقييد الالتزامات

= لبعض النتائج الأخرى . فهي ليست ضرورية بالنسبة للنتائج التي سبق إيرادها كتطبيق لها ، ويمكن تفسير هذه النتائج بغير نظرية الأثر الرجعي : (١) فالحق المعلق على شرط موقف ينتقل إلى الورثة لأن له وجوداً احتياطياً كما قلنا ، فينتقل بحالته هذه من المورث إلى الوراث ، ولا حاجة في تفسير هذا الحكم إلى القول بالأثر الرجعي . (٢) والرهن الذي يضمن حقاً معلقاً على شرط موقف يعتبر تاريخه من وقت الاتفاق على الرهن لا من وقت تحقق الشرط ، لأن الحق كان له وجود احتيالي وقت الاتفاق على الرهن ، وإذا كان الرهن جائزاً لضمان الأشياء المستقبلية فأول أن يجوز لضمان الأشياء الموجودة ولو كان وجودها احتياطياً . (٣) وتصرف الدائن في حق معلق على شرط موقف تصرف في شيء موجود ولو وجوداً احتياطياً . أما تصرفه في حق معلق على شرط فاسخ ، وزوال هذا التصرف بتحقيق الشرط ، فيرجع إلى أن الشخص لا يستطيع أن ينقل إلى الغير أكثر مما يملك ، والدائن وقت تصرفه في الحق المعلق على شرط فاسخ كان يتصرف في حق قابل للزوال ، فلا يستطيع أن ينقل إلى الغير إلا حقاً قابلاً للزوال . (٤) وإذا أدى المدين حقاً معلقاً على شرط موقف ، فإنه لا يستطيع أن يسترد ما دفع بعد تحقق الشرط ، لأن الحق قد وجد في ذمته وجوداً مؤكداً بتحقيق الشرط قبل أن يطالب بالاسترداد ، فلا يجوز له بعد ذلك أن يطالب باسترداد ما دفعه وفاء لحق مؤكد في ذمته . أما إذا أدى شيئاً معلقاً على شرط فاسخ ثم تحقق الشرط ، فله أن يسترد ما دفعه لأنه عند ما استرد لم يكن هناك حق مترتب في ذمته يمنع من الاسترداد . ونظرية الأثر الرجعي ليست صحيحة بالنسبة للنتائج الآتية : (١) إذا كان الحق المعلق على شرط موقف متعلقاً بعين ، وهلكت العين قبل تحقق الشرط ، فإنها تهلك على المدين حتى لو تحقق الشرط بعد الهلاك . وقد تقدم ذكر هذا الحكم . وهو حكم يتناقض مع نظرية الأثر الرجعي ، إذ لو كان لتحقق الشرط أثر رجعي في هذا الفرض . لاعتبرت العين ملوكة للدائن من وقت الاتفاق لا من وقت تحقق الشرط ولكانت وقت الهلاك ملك الدائن ، فكانت تهلك عليه لا على المدين . (٢) إذا ظهر الخائن لعقار مرهون المقار من الرهن ، وكان يملكه بشرط فاسخ ، ثم تحقق الشرط ، فلا يكون لتحقيقه أثر رجعي بالنسبة لتطهير المقار ، ويبقى المقار مطهراً من الرهن . (٣) إذا أخذ الشفيع عقاراً بالشفعة ، وكان يملك العقار المشفوع به بشرط فاسخ ، ثم تحقق الشرط ، فلا يكون لتحقيقه أثر رجعي بالنسبة للشفعة ، ويبقى الشفيع مالكا للعقار المشفوع فيه . (٤) إذا كان الحق معلقاً على شرط موظف ، فلا يسرى التقادم بالنسبة له إلا من وقت تحقق الشرط ، ولا يكون لتحقق الشرط أثر رجعي في هذه الحالة . (٥) إذا قام الدائن بعمل من أعمال الإدارة في الحق المعلق على شرط فاسخ ، كان أجر المشتري وفاء العين لا من غش ولمدة لا تزيد على ثلاث سنوات ، ثم تحقق الشرط ، فلا يكون لتحقيقه أثر رجعي بالنسبة للإيجار ، بل يبقى الإيجار سارياً في حق البائع وفاء إذا استرد العين المبيعة . (٦) . . . فيتين من ذلك أن الفروض التي لا تطبق فيها نظرية الأثر الرجعي لاقتل عن الفروض التي تطبق فيها هذه النظرية ، وإن هذه الفروض الأخيرة يمكن تفسيرها بغير نظرية الأثر الرجعي . فلا حاجة لنا إذن بنظرية غير ضرورية في بعض التطبيقات وغير صحيحة في البعض الآخر . (الموجز للمؤلف فقرة ٤٨٠) .

السويسرى (١). ولم يستبق الأثر الرجعى إلا التقنينات اللاتينية ، وقد سار على نهجها التقنين المصرى ، القديم (٢) والجديد .

والصحيح فى نظرنا أن فكرة الأثر الرجعى لتحقق الشرط تستجيب فى أكثر الأحوال لظروف التعاقد ولنية المحتملة للمتعاقدين . ذلك أن المتعاقدين لا يعرفان وقت التعاقد إن كان الشرط يتحقق أولاً يتحقق ، ولو أنهما كانا يعرفان ذلك لما علقا العقد على الشرط ولجعله عقداً بسيطاً منجزاً (٣) . فيمكن إذن فى كثير من الاطمئنان تفسير نيتهما على أنهما إنما أرادا أن يسندا أثر العقد إلى وقت التعاقد لا إلى وقت تحقق الشرط .

ومن أجل ذلك لم يجعل المشرع مبدأ الأثر الرجعى من النظام العام فلا تجوز مخالفته ، بل جعل للمتعاقدين الحق فى أن يفصحا عن نيتهما ، فإن كانا لا يريدان أن يجعلا للشرط أثراً رجعياً فليس عليهما إلا أن يبيّنا ما أرادا ، وعند ذلك لا يكون لتحقق الشرط أثر رجعى ، لأن النية الحقيقية للمتعاقدين قد تعارضت مع النية المحتملة ، ولاشك فى أن الأولى تنسخ الثانية . وليس على المتعاقدين

(١) انظر المواد ١٥٨ و ١٦٩ و ١٦١ من التقنين المدنى الألمانى . وهذه النصوص تقضى بأن الشرط ، واقفاً كان أو فاسخاً ، ليس لتحققه أثر رجعى ، إلا إذا اتفق الطرفان على أن يكون لتحققه هذا الأثر فى العلاقة فيما بينهما . والحقوق العينية التى تصدر ، أثناء تعلق الشرط ، من ناقل الملكية تحت شرط واقف أو من متلقيها تحت شرط فاسخ ، تسقط بتحقيق الشرط ، ولكن هذا لا يبنى إطلافاً أن لتحقق الشرط أثراً رجعياً ، فإن هذه الحقوق إنما تسقط من وقت تحقق الشرط ، فلا يزيد أثر تحقق الشرط هنا عن أثر حلول الأجل الفاسخ (بودوى وبارد ٢ ص ٤١ - ص ٤٢) .

وانظر المادتين ١٧١ و ١٧٤ فقرة ثانية من تقنين الالتزامات السويسرى وهما تنفيان الأثر الرجعى لتحقق الشرط إلا إذا اتفق المتعاقدان على غير ذلك .

(٢) استئناف مختلط ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٠٢ م ١٥ ص ١٢ - ٢ نوفمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٢٩ - ١٤ يولييه سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٥٥٠ .

(٣) وقد جاء فى الموجز للمؤلف فى هذا المعنى : « وأنصار هذا المذهب يدافعون عنه بأنه يترجم بأمانة عن النية الحقيقية للمتعاقدين ، فإن هذين لو علما وقت الاتفاق هل يتحقق الشرط أو يتخلف لبيّنا تماقدهما على هذا الحساب منذ الاتفاق . فإذا كانا قد جهلا النيب ، ولم يعلما بتحقيق الشرط أو يتخلفه وقت الاتفاق ، فليس هذا الجهل الاضطرابى مانع من أنهما يريدان إرجاع أثر الشرط إلى وقت الاتفاق ، وقد كان يفعلان ذلك لو أنهما استطاعا أن يبيّنا مال الشرط منذ ذلك الوقت » (الموجز للمؤلف فقرة ٤٧٩ ص ٤٨٧ وهامش رقم ١) .

(م - الوسيط)

ضبر من الأثر الرجعى ماداما يقصدان هذا الأثر ، ولا على الغير ضبر من ذلك أيضاً مادامت قواعد الشهر تحمى الغير من المفاجآت (١) . ويستطيع المشرع أن يفرض أن لإرادة المتعاقدين قد انصرفت إلى الأثر الرجعى إلا إذا ظهر العكس ، كما فعل التقنينان الفرنسى والمصرى . كما يستطيع أن يفرض أنهما أرادا الأثر الفورى إلا إذا ظهر العكس ، كما فعل التقنينان الألمانى والسويسرى . والفروق العملية مابين الطريقتين فروق محدودة ، فكل طريقة تقرر أصلاً ثم تستثنى منه ، وتكادان تتفقان على حدود الأصل والاستثناء . ولكن الأفضل التمسى مع النية المحتملة للمتعاقدين ، وجعل الأصل هو الأثر الرجعى لتحقيق الشرط . لذلك نرى أن التقنين المبدئى الجديد لم يخطئ في استبقائه لمبدأ الأثر الرجعى على غرار التقنينات اللاتينية ، مع تقييد هذا الأصل باستثناءات تقتضيها حاجات التعامل (٢) . وهذا ماانتقل الآن إلى بيانه .

(١) انظر بيمدان ولاجارو ٨ فقرة ٧٤١ — جوران ٢ فقرة ٧٢ — فقرة ٧٤٣ — أنسكلوبيدى دالوز ١ لفظ (Condition) جان دى جارو دى ميشينى (Jean de Garreau) de la Méchanie ٥٥ فقرة ٥٥ — وانظر المادة ١١٠ من المشروع الفرنسى الإيطالى — وقارن كولان وكايتشان ٢ فقرة ٦٥٩ ص ٤٥٠ — الأستاذ إسمايل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٨٩ .

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٩ - ص ٢٠) في هذا الصدد ما يأتى : « ولم يعد المشروع في هذا الشأن عما جرت عليه التقاليد اللاتينية ، بل جعل الأصل في أثر الشرط أن يستند أو ينطلف إلى الماضى فيما عدا استثناءات معينة . فالقاعدة العامة هي انصحاب أثر تحقق الشرط الموقف أو الفاسخ إلى وقت التعاقد . والواقع أن هذا الحكم ليس إلا تفسيراً مقولوا لإرادة المتعاقدين ، فلو أنهما كانا من مبدأ الأمر على يقين من تحقق الشرط ، لردا أثره إلى وقت انعقاد العقد . ويضرب على فكرة استناد أثر الشرط أن الدائن بالتزام معلق على شرط موقف يترتب حقه لا من وقت تحقق الشرط فحسب ، بل من تاريخ انعقاد العقد . وكذلك الشأن في حق الدائن بالتزام معلق على شرط فاسخ ، فهو يعتبر كأن لم يكن قد ترتب قط ، لا من وقت تحقق الشرط بل من تاريخ انعقاد العقد . وإذا كان التقنين الألمانى والتقنين السويسرى قد أضرعا من فكرة استناد أثر الشرط وشايعتهما في ذلك تقنينات كثيرة ، فن الحق أن هذه التقنينات جميعاً لم تمض في هذا السبيل إلى أقصى من غاياته . فهي تخفف من آثار علم الاستناد إلى حد بعيد بمقتضى طائفة من التصرف الخاصة (انظر المواد ١٥٩ - ١٦١ من التقنين الألمانى) . والحق أن شقة الخلاف بين المذهب اللاتينى والمذهب الجرمانى ، فيما يتعلق بأثر الشرط ، ليست من السمة كما قد يحسب البعض . فالأحكام العملية أو التطبيقية تكاد تتأثر في ظل كل من هذين المذهبين ، والواقع أن الخلاف بينهما لا يمتد -

٤٣ - ما يترتب من النتائج على الأمر الرجعي لتحقق الشرط :

ونشر إلى بعض من النتائج الهامة التي تترتب على الأثر الرجعي لتحقيق الشرط فيما يأتي :

٠ (١) التصرفات التي تصدر من صاحب الحق المعلق على شرط واقف تصبح ، عند تحقق الشرط ، نافذة منذ البداية (١) . فلو أن مالكا لعين تحت شرط واقف باع هذه العين أو رهنها ، ثم تحقق الشرط الواقف ، فإنه يتحقق بأثر رجعي لا بالنسبة إلى المالك تحت شرط واقف وحده ، بل أيضاً بالنسبة إلى المشتري منه أو المرتهن . فيعتبر المالك تحت شرط واقف بعد تحقق الشرط مالكا للعين منذ البداية (٢) ، ويترتب على ذلك أنه يعتبر مالكا للعين وقت أن باعها للغير أو رهنها . ومن ثم تنتقل الملكية إلى المشتري أو ينشأ حق الرهن للدائن المرتهن لا من وقت تحقق الشرط الواقف ، بل من وقت التعاقد مع المالك (٣) . وعكس ذلك هو

= أن يكون خلافاً في التصور لا أكثر . فالملعب اللاتيني يحيل من استناد أثر الشرط قاعدة عامة ويحيز مع ذلك الاتفاق على عكسها ، بينما يحيل المذهب الجرمانى من عدم استناد هذا الأثر قاعدة عامة مع إباحة الخروج عليها .

(١) استئناف أهل أول ديسمبر سنة ١٨٩٨ الحقوق ١٤ ص ٢٦ - بنى سوف ١٣ مارس سنة ١٨٩٢ الحقوق ٩ ص ٣٥ .

(٢) وقد قفت محكمة النقض بأن ما تضمنته قائمة مزاد استبدال الألبان الموقوفة من أن من يرسو عليه المزاد لا يستحق في الربيع إلا إذا وافقت المحكمة الشرعية على الاستبدال ، وأنه إلى أن يتم ذلك لا مسئولية على وزارة الأوقاف في شيء يتعلق بالمقار الذي يكون في هذه الحالة تحت يدها ولها حق تأجيله واستئثاره ريمه ، وأن الراسى عليه المزاد ملزم باحترام عقود التأجير الصادرة منها ولو كان ذلك قبل تاريخ توقيع الصيغة الشرعية بيوم واحد ، ما تضمنته القائمة من ذلك لا يسوغ القول باعتبار هذا البيع ملغاً على شرط فاسخ ، وذلك لأن إجازة الاستبدال من المحكمة الشرعية ، ثم توقيع صيغته منها ، ليست شرطاً فاسداً وإنما هي شرط واقف ، ولو أن النتيجة بالنسبة إلى موضوع النزاع لا تختلف بتخلف الشرط إن اعتبر فاسداً أو بتحقيقه إن كان واقعاً ، فإنه في كلتا الحالتين يكون البيع نافذاً من وقت رسو المزاد لا من وقت توقيع الصيغة الشرعية (نقض مدني ٩ مايو سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٥٩ ص ٢٠٤) .

(٣) وإذا باع شخص داراً تحت شرط واقف هو أن يرسل لكتن مدينة أخرى ، ثم باع نفس الدار بعد ذلك يوماً متبجراً إلى شخص آخر ، ثم تحقق الشرط ورسول لكتن المدينة الأخرى ، فقد اختلف الفقهاء في فرنسا في صير البيع الثاني بعد أن تحقق الشرط الواقف وزالت الملكية عن البائع بأثر رجعي فأصبح غير مالك عند صدور البيع الثاني منه . وقد ذهب أوبري ودو إلى =

الذى يترتب على الأثر الرجعى لتحقق الشرط الفاسخ . فلو أن مالكا تحت شرط فاسخ تصرف فى العين ببيع أو برهن ، ثم تحقق الشرط الفاسخ بأثر رجعى فاعتبر أنه لم يكن مالكا منذ البداية ، فان البيع الذى صدر منه أو الرهن يكون قد صدر من غير مالك ، فلا تنتقل الملكية إلى المشتري ، ولا ينشأ حق الرهن للدائن المرتهن . ويلاحظ أن هذا الحكم الأخير ، فى حالة المنقول ، يخفف من حدته قاعدة أخرى هى القاعدة التى تقضى بأن الحيازة فى المنقول سند الملكية . فلو كان المبيع أو المرهون منقولا ، وكان البائع أو الراهن مالكا تحت شرط فاسخ ، ثم تحقق الشرط بأثر رجعى ، فزالت عن المالك الملكية منذ البداية ، فان المشتري أو الدائن المرتهن ، وإن اعتبر أنه تعامل مع غير مالك فلا ينتقل إليه الحق بالعقد ، ينتفع من جهة أخرى بقاعدة الحيازة فى المنقول ، فينتقل إليه الحق بالحيازة .

(٢) إذا باع شخص عقارا تحت شرط واقف ، فأصبح هو نفسه مالكا تحت شرط فاسخ ، ثم نزع دائن مرتهن للبائع ملكية العقار ، وتحقق الشرط بعد ذلك ، فان الأثر الرجعى لتحقيقه يجعل المشتري مالكا منذ البيع لا منذ تحقق الشرط ، فان كان الدائن المرتهن الذى نزع الملكية لم يقيد حقه إلا بعد تسجيل البيع ، فان نزع الملكية لا ينفذ فى حق المشتري . أما إذا كان الرهن قد قيد قبل تسجيل البيع ، فانه يكون نافذاً فى حق المشتري ، فينفذ فى حقه أيضاً نزع الملكية (١) .

= أن الشرط إرادى ، فلا يجوز أن يكون له أثر رجعى بالنسبة إلى المشتري الثانى (أوبرى ورو ٤ - فترة ٣٠٢ ص ١٠٩ وهاش و رقم ٦٦ - انظر أيضاً : تولىه ٦ فقرة ٥٤٦ - ترولونج فى الرهون الرسمية ٢ فقرة ٤٧٤) . ولكن بودى وبارد ينهيان إلى أن الشرط هنا ليس شرطاً إرادياً محضاً ، إذ هو خاضع لظروف وملابسات لا سيطرة للملزم عليها ، فالشرط صحيح ، وإذا تحقق كان لتساقته أثر رجعى حتى بالنسبة إلى الغير ، فيعتبر المشتري الثانى قد اشترى من غير مالك ، وتكون ملكية الدار المشتري الأول (بودى وبارد ٢ فقرة ٨٢٥ - وانظر أيضاً : لارومبيير ٢ ١١٧٩ فقرة ١٠ - ديمولوب ٢٥ فقرة ٣٨٦ - فقرة ٣٨٧ - لوران ١٧ فقرة ٨٦ - هيك ٧ فقرة ٢٥٦) .

(١) بودى وبارد ٢ فقرة ٨١٩ - فإذا فرض أن العقار المبيع تحت شرط واقف كان مثقلا برهن صادر من البائع البائع تحت شرط واقف ، فإن البائع تحت شرط واقف - وهو مالك فى الوقت ذاته تحت شرط فاسخ - يعتبر بالنسبة إلى الرهن حائزاً للعقار المرهون . فإذا =

ولإذا كان بيع العقار معلقاً على شرط فاسخ . ونزع ملكية العقار دائن مرتين للمشتري تحت شرط فاسخ ، وتحقق الشرط ، فإن نزع الملكية لا ينفذ في حق البائع الذي استعاد ملكيته بأثر رجعي بمجرد تحقق الشرط . فلا ينفذ في حقه الرهن الذي رتبه المشتري ، ومن ثم لا ينفذ في حقه نزع الملكية (١) .

(٣) إذا كان المدين تحت شرط واقف قد اعتقد خطأ أن الشرط قد تحقق فوفى بالدين ، فقد قدمنا أن له أن يسترده وفقاً للقواعد العامة في دفع غير المستحق . ولكن جواز الاسترداد مقصور على المرحلة التي يكون فيها الشرط معلقاً ، فإذا ما تحقق الشرط فإنه يتحقق بأثر رجعي . ويتبين أن المدين وقت أن دفع كان مدينًا فعلاً ، فلا يستطيع أن يسترد ما وفاه (٢) .

وعكس ذلك هو الذي يترتب على الأثر الرجعي لتحقيق الشرط الفاسخ . فلو أن المدين أدى للدائن تحت شرط فاسخ حقه ، فإنه يكون مؤدياً لدين مستحق عليه فلا يستطيع أن يسترده ما دام الشرط معلقاً . فإذا ما تحقق الشرط زال حق الدائن بأثر رجعي ، وكان للمدين أن يسترد ما دفع ، إذ يتبين أنه وقت أن دفع لم يكن مدينًا فيكون قد دفع غير المستحق .

(٤) إذا ارتهن دائن تحت شرط واقف عقاراً ضماناً لدينه . وقيد الرهن قبل تحقق الشرط ، فإن مرتبة الرهن تكون من يوم قيده لا من يوم تحقق الشرط .

— طهره من الرهن ، ولم ينته التطهير إلى نزع الملكية ، ثم تحقق الشرط ، فأصبح المشتري تحت شرط واقف مالكا للعقار منذ البداية ، فإنه يأخذ مطهرًا من الرهن ، ولا تزول إجراءات التطهير بتحقيق الشرط . أما إذا انتهى التطهير إلى نزع الملكية ، فإن نزع الملكية يكون نافذاً في حق المشتري تحت شرط واقف عند تحقق الشرط ، لأن الرهن كان نافذاً في حقه (لارومبيير ١١٨١ م ٧ - لوران ١٧ فقرة ٩٤ - بودرى وبارد ٢ فقرة ٨١٩ ص ٤٦ هامش رقم ٢) .

(١) بودرى وبارد ٢ فقرة ٨٢٠ - أما إذا وجد على العقار رهن صادر من البائع ، فإن نزع الملكية ولو تم بناء على طلب دائن مرتين للمشتري ، يكون نافذاً في حق البائع وفاء للرهن الصادر منه هو (بودرى وبارد ٢ فقرة ٨٢٠) .

(٢) بلانويول وريبيو وبولانجييه ٢ فقرة ١٣٧١ - جوسران ٢ فقرة ٧٤٢ .

إذ يعتبر الدين موجوداً وقت قيد الرهن بفضل الأثر الرجعي لتحقيق الشرط (١).
(٥) يعتبر عقد التأمين على الحياة عادة معلقاً على شرط واقف هو دفع القسط الأول من التأمين ، فإذا دفع المؤمن عليه هذا القسط تحقق الشرط بأثر رجعي . واعتبر عقد التأمين نافذاً من وقت التعاقد لا من وقت تحقق الشرط .
فلو أن شخصاً أمن على حياته ، ثم مات قبل حلول القسط الأول ، ودفع هذا القسط من تركته ، فإن عقد التأمين يعتبر نافذاً قبل وفاة المؤمن على حياته ، ومن ثم يكون مبلغ التأمين مستحقاً .

(٦) للدائن تحت شرط واقف ، إذا تحقق الشرط ، أن يطعن بالدعوى البوليصية في تصرفات مدينه ، حتى ما كان منها سابقاً على تحقق الشرط ، فإن حقه يعتبر ، بفضل الأثر الرجعي ، موجوداً منذ الاتفاق عليه لا منذ تحقق الشرط ، ومن ثم يعتبر سابقاً على تصرف المدين (٢) .

(٧) إذا كسب شخص حقاً معلقاً على شرط واقف ، في ظل تشريع معين ، وقبل تحقق الشرط صدر تشريع جديد من شأنه أن يؤثر في هذا الحق ، ثم تحقق الشرط ، فإن التشريع الذي يسرى هو التشريع القديم لا التشريع الجديد ، إذ يعتبر الحق ، بفضل الأثر الرجعي ، موجوداً منذ البداية أى منذ أن كان التشريع القديم سارياً (٣) .

(١) بلانيول وريبير وبولانجي ٢ فقرة ١٣٧٠ - وجاء في الموجز المؤلف : « فلو أن مديناً رتب على عقاره رهنًا يفسن التزاماً في ذمته معلقاً على شرط واقف ، وقبل تحقق الشرط رتب على نفس العقار رهنًا آخر يفسن التزاماً في ذمته منجزاً ، ثم تحقق الشرط ، فإن الالتزام الذي كان معلقاً على هذا الشرط يعتبر موجوداً من وقت الاتفاق عليه لا من وقت تحقق الشرط ، ويكون الرهن الضامن لهذا الالتزام سابقاً في التاريخ الرهن الضامن للالتزام المنجز » (الموجز فقرة ٤٧٩ ص ٤٨٨) .

ويقول بودرى وبارد في هذه المسألة أن هذا لا يدل على أثر رجعي ، فالدين الاحتمالي إذا أخذ به رهن وقيد الرهن ، كانت مرتبته من وقت القيد لا من وقت وجود الدين ، مع أنه لا محل في هذه الحالة للقول بالأثر الرجعي (بودرى وبارد ٢ فقرة ٨١٤) .
وتنص المادة ١٠٥٧ مدني على أن « تحسب مرتبة الرهن من وقت قيده ، ولو كان الدين المضمون بالرهن معلقاً على شرط أو كان ديناً مستقبلاً أو احتمالياً » .

(٢) بودرى وبارد ٢ فقرة ٨١٣ .

(٣) أوبري ورو ٤ فقرة ٣٠٢ ص ١٠٥ .

٤٤ - الاستثناءات من مبدأ الأثر الرجعي لتحقق الشرط :

هذه الاستثناءات ذكرتها النصوص صراحة ، وهي أربعة (١) :

(١) فقد قلنا أن الفقرة الثانية من المادة ٢٦٩ مدني تقضي بأن أعمال الإدارة التي تصدر من الدائن تبقى نافذة رغم تحقق الشرط الفاسخ . وكان مقتضى الأثر الرجعي لتحقيق الشرط الفاسخ أن تسقط هذه الأعمال ، ولكنها تبقى نافذة بالرغم من تحقق الشرط ما دامت قد تمت بحسن نية في الحدود المألوفة للإدارة ، وقد تقدم بيان ذلك (٢). ومن أعمال الإدارة كما رأينا ، الإيجار لمدة لا تزيد على ثلاث سنوات ، وقبض الأجرة وقبض المحصولات والثمار (٣)، وبيعها ، وقيد الرهن ، وتجديد القيد ، وقسمة العين الشائعة ، وتطهير العقار المرهون (٤).

(٢) ثم أن المادة ٢٧٠ مدني أوردت ، كما رأينا ، ثلاثة استثناءات أخرى من مبدأ الأثر الرجعي لتحقيق الشرط : (١) إذا تبين من إرادة المتعاقدين

(١) ويلاحظ أن منطقة الأثر الرجعي للشرط ، بل منطقة الشرط نفسه ، محصورة في الشرط وهو ينشأ من إرادة المتعاقدين ، فقد قلنا أن الشرط لا مصدر له إلا الإرادة . أما حيث يقرر القانون شرطا يعلق عليه حكما من الأحكام ، فذلك لا يعتبر شرطا كما رأينا ، وليس لتحقيقه أثر رجعي ، فإن الحكم المشروط لا يوجد ولا يثبت إلا عند تحقق شرطه ، أما قبله فلا ، لأن الأصل أن الأثر لا يسبق المؤثر (نقض مدني ٢١ فبراير سنة ١٩٤٦ مجموعة عمره رقم ١١٢ ص ٢٦٥) .

(٢) انظر آتفا فقرة ٤٠ .

(٣) ديمولوب ٢٥ فقرة ٤٠٠ وما بعدها — بودري ، وبارد ٢ فقرة ٨٢٤ — انظر عكس ذلك : تولى ٦ فقرة ٥٦٣ — لوران ١٧ فقرة ٥٨ — كذلك إذا دفع المالك تحت شرط فاسخ التأمين ، ثم تحقق الشرط وزالت ملكيته بأثر رجعي ، فلا يسترد الأقساط التي دفعها ، لأن دفع أقساط التأمين يعتبر من أعمال الإدارة (يبدان ولا جارد ٨ ص ٥٤٤ هامش رقم ١) .

(٤) وقد قلنا أن المالك تحت شرط فاسخ له حق الأخذ بالشفعة ، فإذا أخذ عقارا بالشفعة ، ثم تحقق الشرط الفاسخ فزالت ملكيته عن العقار المشفوع به ، فإن الأثر الرجعي لتحقيق الشرط لا يؤثر في ملكيته للعقار المشفوع فيه ، بل يستبقى هذا العقار . ولا يرجع ذلك إلى أن الأخذ بالشفعة يعتبر من أعمال الإدارة ، بل إلى اعتبارات عملية تتعلق بوجود استقرار التعامل . وبما يخل بهذا الاستقرار أن يجبر الشفعي ، بعد الأخذ بالشفعة ، أن يرد العقار المشفوع له إلى المشتري ، أو أن يباح له هذا الرد .

أنهما استبعدا الأثر الرجعى . (ب) إذا كانت طبيعة العقد تستعصى على الأثر الرجعى . (ج) إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن لسبب أجنبى قبل تحقق الشرط .

أما أن لإرادة المتعاقدين قد تستبعد الأثر الرجعى ، فهذا هو الذى يثبى مع الأساس الصحيح الذى يقوم عليه الأثر الرجعى فيما قدمناه . فقد أسلفنا أن الأثر الرجعى إنما يقوم على نية المتعاقدين المحتملة ، فإذا تعارضت هذه النية مع النية الحقيقية ، فلا شك فى أن النية الحقيقية هى التى يعمل بها . ومن ثم يكون للمتعاقدین أن يستبعدا ، صراحة أو ضمناً ، كل أثر رجعى للشرط . على أنه يجب التشدد فى استخلاص النية الضمنية للمتعاقدین فى استبعاد الأثر الرجعى ، فان القانون صرف نيتهما المحتملة إلى استبقاء هذا الأثر ، ولا بد من قيام دليل واضح على أنهما قصد العكس (١) .

(٣) وأما ما يرجع إلى طبيعة العقد فأهم تطبيق لذلك هو العقد الزمنى . فى عقد الإيجار أو عقد العمل أو عقد التوريد إذا كان العقد معلقاً على شرط فاسخ ، وبقي منفذاً مدة من الزمن ثم تحقق الشرط ، فان طبيعة الأشياء هنا تستعصى على الأثر الرجعى ، إذ لا يمكن الرجوع فى الزمن ، وما تم من العقد يبق ، ولا يفسخ العقد إلا عن المستقبل (٢) .

(٤) وأما ما يرجع إلى صيرورة تنفيذ الالتزام غير ممكن لسبب أجنبى قبل تحقق الشرط ، فنميز بين ما إذا كان الشرط واقفاً أو فاسخاً . فان كان واقفاً ، كما لو كان المالك لعين معينة قد باعها تحت شرط واقف وهلكت العين

(١) بلانيوك وبيير وجايول ٧ فقرة ١٠٤٤ .

(٢) انظر فى العقد الزمنى الوسيط جزء أول فقرة ٦٥ - فقرة ٦٦ - وانظر بيدان ولاجار ٨ فقرة ٧٤٧ . وما تستعصى طبيعته على الأثر الرجعى أن يتعاقد شخص مع آخر على أنه إذا باشر الأول عملاً معيناً استخدم فيه الثاقل ، ويباشر الواعد هذا العمل المعين . فيستخدم الموعود له ، ولكن منذ القيام بالعمل ، لأن طبيعة التعاقد تستعصى على الأثر الرجعى . كذلك إذا وقف الدائن إجراءات التنفيذ تحت شرط فاسخ هو تأخر المدين فى دفع أحد أقساط الدين ، فإن تحقق الشرط الفاسخ ، وتأخر المدين فى دفع قسط ، لا يكون له أثر رجعى بالنسبة إلى الزمن الذى وقفت فيه إجراءات التنفيذ . فإن الزمن هنا ، كما فى العقد الزمنى ، إذا مضى لا يعود (استثناء غلط ٢٠ مارس سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢١١) . والالتزام المعلق على شرط واقف لا يسرى فى حقه التقادم إلا منذ تحقق الشرط ، خلافاً لمبدأ الأثر الرجعى ، ومطابقة لطابع الأشياء .

في يده لسبب أجنبي قبل تحقق الشرط ، فيستوى هنا أن يكون للشرط أثر رجعي أو لا يكون . ذلك أنه إذا جعل له أثر رجعي ، وتبين أن العين قد هلكت وهي في ملك المشتري ولكن قبل أن يتسلمها ، فإن تبعة الهلاك تكون على البائع في القانون المصري ، كما لو لم يكن للشرط أثر رجعي (١) . أما في القانون الفرنسي فالأمر يختلف ، لأن تبعة الهلاك قبل التسليم في هذا القانون على المشتري ، فلا يكون للشرط أثر رجعي حتى لا تنتقل الملكية إلى المشتري ، فيبقى الهلاك على البائع (٢) . أما إذا كان الشرط فاسخاً ، كما لو كان المشتري تحت شرط فاسخ تسلم العين المبيعة وهلكت في يده لسبب أجنبي ، ثم تحقق الشرط الفاسخ ، فإن مقتضى الأثر الرجعي أن العين تعتبر عند هلاكها مملوكة للبائع فهلك عليه ، ولكن النص صريح في وجوب استبعاد الأثر الرجعي في هذه الحالة ، ونهلك العين على المشتري لا على البائع .

(١) وإذا فرض ، خلافاً للمألوف ، أن البائع سلم المبيع المشتري قبل تحقق الشرط ، وهلك المبيع في يد المشتري ، ثم تحقق الشرط ، فهنا يختلف الحكم : لو كان البيع منتجراً لكان الهلاك على المشتري في هذه الحالة لأنه تسلم المبيع ، أما وهو معلق على شرط واقف فالهلاك على البائع وفقاً لأحكام المادة ٢/٢٧٠ مدني (انظر الأستاذ عبد الحى حجازي ص ١٨٠ . وقارب الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام ص ٢٦٦ هامش رقم ١) .

(٢) انظر في تبعة الهلاك فيما إذا كان الشرط واقفاً في القانون الفرنسي المادة ١١٨٢ من من التقنين المدني الفرنسي ، وانظر أيضاً بيدان ولاجارد ٨ فترة ٧٤٤ — فترة ٧٤٥ .

الفصل الثاني

الأجل*

(Le terme)

٤٥ — قيام الاجل والاستاء الى ترتيب عليه : نبحث فى الاجل ، كما بحثنا فى الشرط ، أمرين :

(أولا) قيام الاجل ، ونعنى بذلك كما عنيينا فى الشرط : (١) مقومات الاجل (٢) نوعى الاجل الواقف والقاسخ (٣) المصلى المنشئ للاجل وأى الحقوق يلحقها وصف الاجل .

(ثانيا) ما يترتب على الاجل بعد قيامه من الآثار .

وسنسير ، بقدر الإمكان ، فى الاجل على نفس الترتيب والسياق الذى سرنا عليه فى الشرط ، حتى تتبين الموافقات بينهما والمفارقات .

(*) مراجع : بكتاز (Bonnetcase) ٢ فقرة ٦٢٠ وما بعدها — أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٣ — بوردى وهارد ٢ فقرة ٩٦٨ وما بعدها — بلانيول وريبير وجابولك ٧ فقرة ٩٩٨ وما بعدها — بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٩٩٨ وما بعدها — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٤٩١ وما بعدها — كولان وكاييتان ودى لامورانديير ٢ فقرة ٤٠١ وما بعدها — جوران ٢ فقرة ٧٢٢ وما بعدها .

لاباتيه (Labatut) نظرة الميسرة رسالة من تولوز سنة ١٩٢٧ — لاجرانج (Lagrange) أزمة العقد ومهمة القاضى (Le crise du contrat et le rôle du juge) رسالة من مونيليه سنة ١٩٣٥ — دفر (Deveau) نظرة الميسرة فى التقنين المنق والتشريعات المعاصرة رسالة من باريس سنة ١٩٣٧ — بنزيه (Ponsier) نظرة الميسرة رسالة من مونيليه سنة ١٩٣٧ — كاريه سيرات (Carré Serat) تأجيل الديون (moratoires) ونظرة الميسرة رسالة من باريس سنة ١٩٣٨ — رولان تكسيه (Roland Texier) نظرة الميسرة رسالة من باريس سنة ١٩٣٨ — لورانين (Lorans) نظرة الميسرة وتسوية الديون رسالة من بورفو سنة ١٩٤٠ — داترى (Datry) فى حلول الدين (L'échéance) رسالة من ليون سنة ١٩٤٥ .

الفرع الأول

قيام الأجل

المبحث الأول

مقومات الأجل

٤٦ - **النصوص القانونية :** تنص المادة ٢٧١ من القانون المدني على ما يأتي :

« ١ - يكون الالتزام لأجل إذا كان نفاذه أو انقضاؤه مترتباً على أمر مستقبل محقق الوقوع » .

« ٢ - ويعتبر الأمر محقق الوقوع متى كان وقوعه محتملاً ، ولو لم يعرف الوقت الذي يقع فيه » .

وتنص المادة ٢٧٢ على ما يأتي :

« إذا تبين من الالتزام أن المدين لا يقوم بوفائه إلا عند المقلدة أو الميسرة ، عين القاضي ميحداً مناسباً لحلول الأجل ، مراعيّاً في ذلك موارد المدين الحالية والمستقبلية ، ومقتضياً منه عناية الرجل الحريص على الوفاء بالالتزامه » (١) .

(١) تاريخ النصوص :

م ٢٧١ : ورد هذا النص في المادة ٣٩٢ من المشروع التمهيلي على وجه مطابق لما استقر عليه في القانون المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٢٨٣ من المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٢٧١ (مجموعة الأعمال التصديرية ٣ من ٢٢ - ص ٢٣ وص ٢٥ - ص ٢٦) .

م ٢٧٢ : ورد هذا النص في المادة ٣٩٥ من المشروع التمهيلي على وجه مطابق لما استقر عليه في القانون المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٢٨٤ من المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٢٧٢ (مجموعة الأعمال التصديرية ٣ من ٢٦ وص ٢٨) .

ولا مقابل لهذه النصوص في التقنين المدني السابق ولكن الأحكام كان معمولاً بها دون نص .

وتقابل هذه النصوص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادتين ٢٧١ - ٢٧٢ ، وفي التقنين المدني الليبي المادتين ٢٥٨ - ٢٥٩ ، وفي التقنين المدني العراقي المادتين ٢٩١ و ٢٩٧ ، وفي تقنين الموجبات والمقود البناني المادة (١)١٠٠ .

ويستخلص من هذه النصوص أن الأجل الذي يقترن به الالتزام هو أمر مستقبل محقق الوقوع يترتب على وقوعه نفاذ الالتزام أو انقضاؤه . فقومات

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٢٧١ - ٢٧٢ (مطابقتان للمادتين ٢٧١ - ٢٧٢ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني الليبي م ٢٥٨ - ٢٥٩ (مطابقتان للمادتين ٢٧١ - ٢٧٢ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٢٩١ : يجوز أن يقترن المقد بأجل يترتب على حلوله تنجيز المقد أو انقضاؤه .

م ٢٩٧ (مطابقة المادة ٢٧٢ من التقنين المدني المصري) .

(وأحكام التقنين المدني العراقي تتفق مع أحكام التقنين المدني المصري فيما عرضت له هذه النصوص من المسائل : انظر الأستاذ حسن اللنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ١٥٠) .

تقنين الموجبات والمقود البناني : م ١٠٠ : إن الموجبات يمكن تقييدها بأجل . والأجل عارض مستقبل مؤكد الحلو من شأنه أن يقف استحقاق الموجب أو سقوطه ، ولا يكون له مفعول رجعي . وإذا كان الوقت الذي يقع فيه ذلك العارض معروفاً من قبل ، كان الموجب ذا أجل أكيد ، وإلا كان ذا أجل غير أكيد .

(وهذا النص يتفق في الحكم مع المادة ٢٧١ من التقنين المدني المصري . ولا مقابل في التقنين البناني المادة ٢٧٢ من التقنين المصري . ولكن يوجد في نصوص عقد القرض في التقنين البناني المادة ٧٦٣ وتنص على ما يأتي : « وإذا لم يمين أجل كان المقرض ملزماً بالرد عند أي طلب يأتيه من المقرض . وإذا اتفق الطرفان على أن المقرض لا يوفى إلا عند تمكنه من الإيفاء وحين تنسئ له الوسائل ، فلمقرض عندئذ أن يطلب من القاضى تعيين موعد للإيفاء » . ويمكن تعميم حكم هذه المادة على الالتزامات الأخرى الناشئة من غير عقد القرض ، إذ النص ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة ، فيكون حكم التقنين البناني متفقاً مع حكم التقنين المصري في هذه المسألة) .

الأجل إذن ثلاثة : (١) فهو أمر مستقبل كالشرط (٢) وهو محقق الوقوع ، بخلاف الشرط فهو غير محقق الوقوع كما قلنا (٣) وهو أمر عارض يضاف إلى الالتزام بعد أن يستوفى عناصره الجوهرية ، وهو في ذلك كالشرط لأنه وصف مثله .

وغنى عن البيان أن المقوم الرابع للشرط — وهو أن يكون غير مخالف للنظام العام والآداب — لا يرد في الأجل، لأن الأجل ميعاد لا يتصور فيه إلا أن يكون مشروعاً .

§ ١ — أمر مستقبل

٤٧ — يجب أنه يكون الأجل أمراً مستقبلاً : الأجل كالشرط يجب أن يكون أمراً مستقبلاً . وهو ، كما يدل عليه اسمه ، ميعاد يضرب لنفاذ الالتزام أو لانقضائه . ويكون عادة تاريخاً معيناً يختار في التوقيم . فإذا تعهد المقرض للمقرض بوفاء القرض في تاريخ معين ، أو تعهد المشتري للبائع أن يدفع الثمن على أقساط في مواعيد معينة ، أو تعهد المفاوض لرب العمل أن يتم العمل الموكول إليه في وقت معين ، فكل من التزام المقرض بوفاء القرض والزام المشتري بدفع الثمن والزام المفاوض بتسليم العمل مقترن بأجل أو بأجل ينترقب على حلولها نفاذ الالتزام .

وقد ينشأ الالتزام منجزاً ، ثم يضاف إليه أجل بعد ذلك ، فينقلب موصوفاً ، ولكن يبقى الالتزام هو نفسه لم يتجدد (١) .

٤٨ — لا يجوز أن يكون الأجل أمراً ماضياً أو حاضراً : والأجل ، كالشرط أيضاً ، لا يجوز أن يكون أمراً ماضياً أو حاضراً ، وإلا فهو ليس بأجل ، حتى لو كان طرفا الالتزام مجهلان وقت التعامل أن الأجل الذي يضر به للمستقبل هو أجل قد حل . فلو أن شخصاً ضرب أجلاً لنفاذ التزامه

(١) الأستاذ عبد الحى حجازى ١ ص ١٧١ هامش رقم ١ .

قدوم أول قافلة من الحجيج ، وكان يجهل أن القافلة قد قلمت فعلا قبل أن يلتزم ، أو هي آخذة في القدوم وهو يلتزم ، فإن التزامه لا يكون مقترناً بأجل ، بل ينشأ منذ البداية التزاماً منجزاً واجب الأداء في الحال . ولو عين الملتزم أجلاً لتنفيذ التزامه موت شخص معين ، ويكون هذا الشخص قد مات قبل ذلك دون أن يعلم الملتزم ، فإن الالتزام ينشأ في هذه الحالة منجزاً حال^(١) الأداء .

٢٥ — أمر محقق الوقوع

٤٩ — يجب أنه يكون الأجل محقق الوقوع : تقول الفقرة الأولى من المادة ٢٧١ مدنى أن الأجل يجب أن يكون أمراً مستقبلاً محقق الوقوع . وهذا واضح ، فالأجل يكون عادة ، كما قلنا ، ميعاداً في التقويم ، تاريخاً معيناً يقع في يوم معين من شهر معين من سنة معينة . وهذا الميعاد لا بد واقع في المألوف من الحياة ، وندع ما لا يدخل في حساب الناس كأن تقع كارثة تبيد الأرض ومن عليها فلا يأتى ذلك اليوم الموعود .

وكون الأجل أمراً محقق الوقوع هو الفرق الجوهرى ما بين الأجل والشرط ، وهو الفرق الذى تتفرع عنه كل الفروق الأخرى . فقد رأينا أن الشرط أمر غير محقق الوقوع ، ومن ثم كان الحلق المعلق على شرط حقاً ناقصاً غير مؤكد الوجود ، ومن ثم أيضاً كان للشرط أثر رجعى . أما الأجل فأمر محقق الوقوع ، فالحلق المقترن بأجل حتى موجود كامل ، وليس للأجل أثر رجعى^(٢) .

٥٠ — يصح أنه يكون ميعاد ماول الأجل مجهولاً : على أنه إذا كان ضرورياً أن يكون الأجل محقق الوقوع ، فليس من الضروري أن يكون ميعاد وقعه معلوماً . فقد يكون هذا الميعاد مجهولاً ، ومع ذلك يبقى الأجل محقق الوقوع ، فيكون أجلاً لا شرطاً . وهذا ما تنص به الفقرة الثانية من المادة ٢٧١

(١) الموجز للمؤلف فقرة ٤٨٢ .

(٢) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التصديرية ٣ من ٢٤ .

مدنى فهى تقول : « ويعتبر الأجل محقق الوقوع متى كان وقوعه محتما ولو لم يعرف الوقت الذى يقع فيه » . ويسمى الأجل فى هذه الحالة أجلا غير معين (terme incertain) بالمقابلة للأجل المعين (terme certain) الذى يعرف ميعاد حلوله .

والمثل المألوف للأجل غير المعين هو الموت ، فهو أمر محقق الوقوع ، ولكن لا يندى أحد متى يأتى ، ومن ثم كان أجلا غير معين . وعلى ذلك فالالتزام شركة التأمين على الحياة أن تدفع مبلغ التأمين عند موت المؤمن على حياته التزام مقترن بأجل واقف غير معين هو الموت . وإذا التزم المقرض أن يرد مبلغ القرض عند موته ، فيؤخذ من تركته ، جاز ذلك ، وكان التزامه برد القرض مقترنا بأجل واقف غير معين هو الموت . ولا يعتبر هذا تعاملا فى تركة مستقلة فان المقرض قد التزم فى الحال وفى ماله الحاضر ، وإنما ضرب أجلا لتنفيذ التزامه هو موته ، والموت كما قلنا أجل غير معين (١) .

ويمكن تصور أمثلة أخرى غير الموت للأجل غير المعين . فهناك أمور محقق وقوعها فى المألوف من شؤون الحياة ، ولكن لا يعلم موعد وقوعها . من ذلك رجوع الحجيج من بيت الله الحرام قافلين إلى بلادهم ، فهذا أمر معتاد وقوعه ، ولكن رجوع القوافل قافلة بعد أخرى أمر قد لا يعلم موعد وقوعه بالضبط . فلو التزم شخص إلى أجل هو موعد رجوع القافلة الأولى من الحجيج ، كان هذا التزما مقترنا بأجل غير معين . أما إذا التزم لأحد الحجاج وعلق التزامه على رجوع الدائن من الحج ، فهذا شرط لا أجل ، إذ أن رجوع حاج بالذات من الحج أمر غير محقق الوقوع ، فقد يموت فى الطريق .

كذلك إذا التزم أحد الموردين بتوريد الأغذية إلى مستشفى أو إلى مدرسة عند انتهاء بنائها ، فهذا أيضاً التزام مقترن بأجل غير معين ، إذا أن الانتهاء من البناء أمر محقق الوقوع فى المعتاد من شؤون الحياة ، ولكن مواعده غير معلوم على وجه التحقيق .

(١) بودرى وبارد ٢ فقرة ٩٦٨ ص ١٤٧ هامش رقم ١ . وما يقطع فى أن المقرض لم يتعامل فى تركة المستقلة أنه إذا أفلس أو أعسر أو أضعف التأمينات ، فسقط الأجل ، حل الدين ، وزاحم المقرض باقى الدائنين فى مال المقرض الموجود وقت سقوط الأجل .

والتزام الطالب أن يدفع المصروفات المقررة عند افتتاح الدراسة قد يكون التزاماً مقترناً بأجل غير معين ، إذا كان موعد افتتاح الدراسة وقت الالتزام لم يحدد . وكذلك الحال في التزامه أن يدفع رسوم الامتحان عند حلول ميعاده ، إذا كان ميعاد الامتحان لم يحدد وقت الالتزام (١) .

والتزام المدين بالوفاء عند الميسرة أو عند المقلرة (م ٢٧٢ مدني) ينطوي على ضرب من الأجل الواقف ، وهو أيضاً أجل غير معين ، وسنعود إلى هذه المسألة بالتفصيل فيما يلي .

(١) وقد يكون الأجل غير المعين موكولاً بتعيينه إلى إرادة الدائن ، كما إذا اتفق على حلول الدين بعد إخطار الدائن المدين بثلاثة أشهر أو ستة مثلاً . فالأجل هنا غير معين ، ولا يتعين إلا بإخطار الدائن المدين وانقضاء المدة المحددة بعد الإخطار . ولكن التقادم يسرى ضد هذا الدين من وقت وجوده لا من وقت حلول الأجل الموكول إلى إرادة الدائن ، وإلا كان غير قابل للتقادم (انظر في هذا المعنى أوربي ورو ٤ فقرة ٣٠٣ ص ١٢٥) . وكذلك الحال في السندات الواجبة الدفع عند التقديم (vue) (قارن بيدان ولاجار ٨ فقرة ٧١٦) . وإذا كان نظام الشركة لم يحدد مواعيد لتغطية الأوراق غير المغطاة وترك ذلك لعناية مديري الشركة ، فإن ذلك ليس من شأنه أن يجعل الدين ديناً مستحق الوفاء عند التقديم (vue) ، بل أن الالتزام هنا مضاف إلى أجل معين أو غير معين ، تبعاً لما إذا كان نظام الشركة قد عين مقدماً لميعاد التغطية أو لم يعين ، ولا يحل الأجل إلا عند الدعوة إلى التغطية (استئناف غنطلط ٣٠ مارس سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٣٥٢) . والالتزام برصيد الحساب الجاري هو التزام مقترن بأجل غير معين ، إذ أن الرصيد يحل أجله متى أبدى الدائن الرصيد ورغبه في اقفال الحساب وقبض الرصيد (استئناف غنطلط ١٨ نوفمبر سنة ١٩٠٨ م ٢١ ص ١٢) ، ويحل على حال بموت أحد الطرفين (استئناف غنطلط ١٨ يناير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ١٦٦ — ١٦ إبريل سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٣١٣) . والمصرف في أي وقت أن يقطع حساب عميله ولا يكون ملزماً بالاستمرار في الحساب الجاري ، وإذا ترك لعميله المهلة المحقولة لسداد رصيد الحساب الجاري ، فلا يجوز للعميل أن ينهى عليه أنه قطع الحساب في وقت غير مناسب (استئناف غنطلط ٦ مارس سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ١٨٠) .

وقد يكون الأجل المضروب أجلاً ممتداً ، كأن يلتزم صانع أن يصنع اثاثاً في خلال مدة معينة ، فالأجل هنا ليس يوماً معيناً بالذات ، بل ميعاداً أقصاه يوم معين بالذات . فهو من هذه الناحية مجهول ميعاد الحلول ، وإن كان الحد الأقصى لهذا الميعاد معلوماً . ويكون تعيين ميعاد الحلول موكولاً إلى أحد الطرفين - المدين في هذا المثل وقد يكون الدائن في أمثلة أخرى - ويقوم بتعيينه عند الوفاء بالالتزام . ومثل هذا الأجل تمكن تسميته بالأجل التعجيل ، لأن الغرض منه تعجيل تنفيذ الالتزام وليس تأجيله (انظر الأستاذ عبد الحى حجازي في عقد المدة ص ١٧ — ص ١٨) .

والفرق بين الشرط والأجل غير المعين واضح ، فالشرط أمر غير محقق الوقوع ، أما الأجل غير المعين فأمر محقق الوقوع في ذاته ولكن ميعاد وقوعه وحده هو غير المحقق (١) .

§ ٣ - أمر عارض

٥١ - الأجل عنصر عارض في الالتزام لا عنصر جوهري :

والأجل ، كالشرط وككل وصف آخر من أوصاف الالتزام : عنصر عارض في الالتزام لا عنصر جوهري . وهو لا يقترن بالالتزام إلا بعد أن يستوفى الالتزام جميع عناصره الجوهرية ، ويأتي الأجل بعد ذلك عنصراً إضافياً يقوم الالتزام بغيره ، ويتصور بدونه ، ولا يحتاج إليه في قيامه بذاته .

فاذا التزم شخص إلى أجل ، فإن التزامه يكون قد استوفى جميع عناصره الجوهرية ، من رابطة ومحل وسبب ، قبل أن يضاف إليه الأجل . ثم يأتي الأجل

(١) وقد أورد الأستاذان كولان وكايتان مثلاً لأجل غير معين يشته بالشرط : يجب رجل امرأة أو يوصى لها بإيراد مرتب إلى اليوم الذي تتزوج فيه ، وعندئذ ينقطع المرتب . فإذا اعتبرنا الزواج هنا أجلاً فاسخاً غير معين ، كان التصرف صحيحاً . أما إذا اعتبرناه شرطاً فاسخاً ، كان بمثابة قيد على حق الزواج وقد يكون غير مشروع . وفي هذه الحالة يكيف الوصف ، عند الشك ، بأنه أجل غير معين تصحيحاً للتصرف (كولان وكايتان ٢ فقرة ٦٦٧) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الاتفاق الذي يؤخر حلول الدين إلى وقت القيام بعمل متعلق بإرادة المدين يعتبر اتفاقاً على أجل غير معين لا على شرط إرادى محض ، ويموز في هذه الحالة الدائن أن يدهو المدين إلى القيام بالعمل الموكول لإرادته أو أن يمين القاضى المدين وقتاً معقولاً للقيام بهذا العمل (استئناف مختلط ٧ نوفمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ١٤ — ١٥ نوفمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ٢٩) . فإذا رهن مزارع قطعه عند أحد المصارف في نظير مبلغ مجمل من المال ، على أن يبيع المصرف القطع في الميعاد الذي يمينه المدين ، لم يميز المدين أن يسرف في تأجيل ميعاد البيع ، بل يجب عليه أن يعين البيع ميعاداً معقولاً (استئناف مختلط ٧ نوفمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ١٤) . وإذا وضع مهندس معمارى تصميماً لبناء ، وعين وقت البدء في هذا البناء ميعاداً لدفع باقي أثمانه ، فإن هذا يعتبر أجلاً غير معين . ويحل هذا الأجل إذا بيعت الأرض التي كان مقدراً لبناء أن يشيد عليها ، إذ أن بيع الأرض يتضمن حتماً المدول من هذا البناء ، ومن ثم يحل ميعاد دفع باقي الأثمان (استئناف مختلط ١٥ نوفمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ٢٩) .

بعد ذلك يقترن به ، ويعدل من آثاره . فبعد أن كان الأصل في الالتزام أن يكون متجزاً واجب الأداء في الحال وأن يبقى أثره دائماً ، إذا بالأجل يعدل من ذلك ، إما بأن يجعل الالتزام مترسخي النفاذ إلى وقت معين ، وإما بأن يجعل الالتزام محدود البقاء غير دائم الأثر .

٥٢ — **الأجل في العقود الزمنية** : ويرتب على أن الأجل عنصر عارض في الالتزام على الوجه المتقدم ، لا عنصر جوهرى ، نتيجة هامة كثيراً ما يغفل الفقه الإشارة إليها . فقد سبق أن عرضنا للعقود الزمنية *contrats successifs* وهى عقود تتميز عن غيرها بأن الزمن عنصر جوهرى فيها ، بحيث يكون هو المقياس الذى يقدر به محل العقد . و ذلك أن هناك أشياء — كما جاء فى الجزء الأول من الوسيط (١) — لا يمكن تصورها إلا مقترنة بالزمن . فالمنفعة لا يمكن تقديرها إلا بمدة معينة . والعمل إذا نظر إليه فى نتيجته ، أى إلى الشيء الذى ينتجه العمل ، كان حقيقة مكانية ، ولكن إذا نظر إليه فى ذاته فلا يمكن تصوره إلا حقيقة زمانية ، مقترناً بمدة معينة . ومن ثم فعقد الإيجار عقد زمنى لأنه يقع على المنفعة ، والزمن عنصر جوهرى فيه لأنه هو الذى يحدد مقدار المنفعة المعقود عليها . وعقد العمل لمدة معينة عقد زمنى ، لأن الخدمات التى يؤديها العامل لا تقاس إلا بالزمن ، فالزمن عنصر جوهرى فيه إذ هو الذى يحدد مقدار محل المعقود عليه . وهناك من الأشياء ما يتحدد فى المكان فيكون حقيقة مكانية ، ولكن المتعاقدين يتفقان على تكرار أدائه مدة من الزمن لسد حاجة تتكرر . فهو فى ذاته يقاس بالمكان ، ولكن المتعاقدين اتفقا على أن يقاس بالزمن . مثل عقد التوريد ، يلتزم به أحد المتعاقدين أن يورد للمتعاقد الآخر شيئاً معيناً يتكرر مدة من الزمن . فحل العقد هنا — وهو الشيء المعين المتفق على توريده — يقاس فى ذاته بالمكان ، ولكن المتعاقدين اتفقا على أن يتكرر مرات مدة من الزمن ، فجعله يقاس ، كالمنفعة والعمل ، بالزمن لا بالمكان . فالمعقود عليه فى كل من عقد الإيجار وعقد التوريد هو الزمن ، أو هو شيء يقاس بالزمن . ولكن المعقود عليه فى عقد الإيجار يقاس بالزمن طبيعة ، أما

المعقود عليه في عقد التوريد فيقاس بالزمن اتفاقاً . ومن ثم ينقسم العقد الزمني إلى عقد ذي تنفيذ مستمر *contrat à exécution continue* كعقد الإيجار وعقد العمل لمدة معينة ، وعقد ذي تنفيذ دوري *contrat à exécution périodique* كعقد التوريد وعقد الإراد المؤبد أو الإراد مدى الحياة (١) .

وقد درج الفقه على اعتبار هذه العقود الزمنية عقوداً مقترنة بآجال فاسخة . ولكننا إذا طبقنا القاعدة التي تقضي بأن الأجل إنما هو عنصر عارض في الالتزام لا عنصر جوهري ، تبين أن العقد الزمني لا يمكن أن يكون عقداً مقترناً بآجل ، لأن الأجل عنصر جوهري فيه كما قدمنا إذ هو محل التعاقد ذاته ، ولا يصح أن يكون الوصف هو أحد العناصر الجوهرية في العقد (٢) ، وقد سبق ذكر ذلك عند الكلام في الشرط .

وأية ذلك أن العقد الزمني إذا انعدم فيه الأجل ، فإنه يكون باطلاً لانعدام المحل . ولو كان الأجل وصفاً وكان باطلاً ، لكان من الجائز أن يسقط الأجل ويبقى العقد ، كما هي الحال في الشرط . وقد ورد في التقنين المدني الفرنسي تطبيقاً لهذه القاعدة في عقد الإراد المرتب مدى الحياة ، وهو عقد زمني المدة فيه هي حياة من رتب له الإراد . فإذا تعهد شخص لآخر بأن يؤدي إلى شخص ثالث إيراداً مرتباً مدى الحياة ، ثم تبين أن صاحب الإراد كان قد مات قبل العقد ، فإن الأجل هنا — وهو المحل — يكون قد انعدم ، ويكون العقد باطلاً . وهذا ما تقضي به المادة ١٩٧٤ من التقنين المدني الفرنسي ، فهي تنص على أن «كل إيراد رتب مدى الحياة لمصلحة شخص يكون قد مات وقت العقد

(١) انظر الأستاذ عبد الحى حجازي في عقد المدة ص ٢٠ — ص ٢٦ — أما إذا كان الزمن عنصراً غير جوهري في العقد ، فإنه يصلح أن يكون أجلاً ، لأن الأجل كما قدمنا عنصر عارض . كذلك إذا تعهد صانع بصنع أثاث يسلمه في مدة معينة ، فإنه يقرن التزامه هنا بآجل واقف ، يسميه الأستاذ عبد الحى حجازي بالأجل المجهل أو الأجل التمتعيل كما تقدم القول ، وهو عنصر عرضي في الالتزام وإن كان جبرياً (الأستاذ عبد الحى حجازي في عقد المدة ص ١٧ — ص ١٨) .

(٢) الأستاذ عبد الحى حجازي في عقد المدة ص ١١٢ . وانظر فيما إذا كان التزام المستأجر بدفع الأجرة على أقساط يعتبر التزاماً زمنياً أو هو التزام مقترن بآجل واقف أو آجال واقفة : الأستاذ عبد الحى حجازي في عقد المدة ص ١١٧ — ١٢٢ .

لا يكون له أى أثر (١) . بل تضيف المادة ١٩٧٥ من نفس التقنين ما يأتى :
« وكذلك يكون الحكم إذا رتب العقد إيراداً لمصلحة شخص أصيب بمرض
مات بسببه فى خلال عشرين يوماً من وقت العقد (٢) » .

ويرتب على ما تقدم أن الآجال الفاسخة — والآجل الفاسخ يكون عادة
فى عقد زمنى — ليست بوجه عام آجالاً بالمعنى الصحيح . ويكاد يخرج الأجل
الفاسخ كله من بين أوصاف الالتزام ، فلا يبقى إلا الأجل الواقف . وسنعود إلى
هذه المسألة عند الكلام فى الأجل الفاسخ .

المبحث الثانى

نوعا الأجل

§ ١ — الأجل الواقف

(Terme suspensif)

٥٣ — **ماهو الأجل الواقف** : رأينا أن الفقرة الأولى من المادة
٢٧١ مدنى تنص على أن « يكون الالتزام لأجل إذا كان نفاذه أو انقضاؤه
مرتبطاً على أمر مستقبل محقق الوقوع » .

فاذا كان نفاذ الالتزام هو المترتب على الأجل ، كان الأجل واقفاً ، إذ هو
يقف الالتزام عن أن ينفذ وعن أن يصبح مستحق الأداء إلى حين انقضاء
الأجل (٣) .

(١) وهذا هو النص فى أصله الفرنسى : Tout contrat de rente viagère créée sur la tête d'une personne qui était morte au jour du contrat, ne produit aucun effet.

(٢) وهذا هو النص فى أصله الفرنسى : Il en est de même du contrat par lequel la rente a été créée sur la tête d'une personne atteinte de la maladie dont elle est décédée dans les vingt jours de la date du contrat .

(٣) وقد نصت المادة ١٠١ من تقنين الموجبات والمقود البينانى على ما يأتى : « الموجب
المؤجل التنفيذ أو ذو الأجل المؤجل هو الذى يكون تنفيذه موقوفاً إلى أن يحل الأجل . وإذا لم
يكن ثمة أجل منصوب عليه أو مستنتج من ماهية القضية فيمكن طلب التنفيذ حالا » .

والأمثلة على الأجل الواقف كثيرة . فالمقترض يقترن التزامه برد القرض إلى المقرض بأجل واقف . وكل من المستأجر والمستعير والمودع عنده يقترن التزامه برد العين المؤجرة أو المعارة أو المودعة بأجل واقف ، غير أن الأجل في الوديعة لمصلحة الدائن وهو في العارية لمصلحة المدين وفي الإيجار لمصلحة الاثنين معاً . والمرتهن حيازة يقترن التزامه برد العين المرهونة إلى الراهن بأجل واقف هو الوفاء بالدين المضمون بالرهن (١) . وإذا تعهد المشتري بدفع الثمن على أقساط ، كان التزامه مقترناً بأجل واقفة متعاقبة . وكذلك إذا تعهد المقاول أن يسلم ماتعهد بعمله إلى رب العمل في وقت معين ، كان التزامه هذا مقترناً بأجل واقف . وقد سبقت الإشارة إلى كل ذلك .

٥٤ - التزام المدين بالوفاء عند الميسرة أو عند المفردة التزام

حققره بأجل واقف . رأينا أن المادة ٢٧٢ مدني تنص على أنه « إذا تبين من الالتزام أن المدين لا يقوم بوفائه إلا عند المقدرة أو الميسرة ، عين القاضي مياعداً مناسباً لحلول الأجل ، مراعيّاً في ذلك موارد المدين الحالية والمستقبلية ، ومقتضياً منه عناية الرجل الحريص على الوفاء بالتزامه (٢) » .

والمفروض في الحالة التي نحن بصدددها أن المدين إنما ضرب أجلاً للوفاء بدينه ، ولم يجعل الدين معلقاً على شرط . ذلك أنه يحتمل أن يكون قد قصد تعليق الوفاء بالدين على شرط الميسرة أو المقدرة ، وعند ذلك يصبح الوفاء بدينه معلقاً على شرط واقف . وهو أمر غير محقق الوقوع ، فإذا أبسر وتحققت

(١) وهذا مع ملاحظة أن الرهن ينقضي ، فيزول الالتزام بالرد ، إذا نفذ الدائن المرتهن بحقه على العين المرهونة . ولكن يصح أن يقال ، من جهة أخرى ، أن الوفاء بالدين المضمون بالرهن هو أمر غير محقق الوقوع ، فيكون شرطاً لا أجلاً ، ولكن ليس له أثر رجعي لاستصعاب طبيعة التعامل على هذا الأثر .

(٢) وهذا النص مأخوذ من المادة ١٩٣ من تقنين الالتزامات البولوني . انظر أيضاً المادة ٢/٧٤٣ من التقنين المدني البرتغالي ، والمادة ٦٥٤ من التقنين المدني الأرجنتيني ، والمادة ٩٠٤ من التقنين المدني النمساوي ، والمادة ٢/١١٧ من المشروع الفرنسي الإيطالي . وانظر بلانيول وويرير وجابوليه ٧ فقرة ٩٩٩ ، والمذكورة الإيضاحية للمشروع التمهيلي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٧ .

مقدرته على الوفاء ، تحقق الشرط ووجب أن يفي بالدين . أما إذا لم يوسر ولم تتحقق مقدرته على الوفاء طول حياته ، فقد تخلف الشرط وسقط عنه الالتزام بالوفاء (١) . كما يحتمل أن يكون المدين قد قصد أن يضرب أجلاً للوفاء بدينه ، هو ميسرته أو مقدرته على الوفاء . وفي هذه الحالة يكون المدين قد قصد أن يفي بدينه على كل حال ، أما عند الميسرة أو المقطرة ، وأما عند الموت إذا لم يواته اليسار حال حياته . فالأجل هنا أجل غير معين ، وهو أقرب حادثين غير معينين ، اليسار أو الموت .

وإذا قام شك فيما إذا قصد المدين ضرب أجل للوفاء أو أراد تعليق الوفاء على شرط ، فالفروض أنه قصد الأجل لا الشرط ، لأن العقد يفسر عند الغموض بما يعطيه الأثر الأقوى (٢) . فإذا ادعى المدين أنه أراد الشرط لا الأجل ، فعليه هو إثبات ذلك .

ومنى تبين أن المدين إنما أراد الأجل لا الشرط ، كان للدائن الحق في أن يطالب بتحديد موعد للوفاء . ولما كان الموعد هو ميسرة المدين أو مقدرته على الوفاء بدينه ، فإن لم يتفق الطرفان على موعد معين لذلك ، جاز للقاضي أن يتلمس من ظروف القضية وملابساتها موعداً يحده ، هو الموعد الذي يقدر فيه أن المدين أصبح موسراً أو قادراً على الوفاء بدينه (٣) . وقد أمدته المادة ٢٧٢ مدني ببعض عناصر التقدير ، فذكرت من بين هذه العناصر : (١) موارد المدين الحالية ، أى ما عند المدين من مال موجود فعلاً وقت النظر في الدعوى .

(١) أنظر في هذا المعنى محكمة الاسكندرية الوطنية في ٥ يناير سنة ١٩٣١ المحاماة ١١ رقم ٥٤٢ ص ١٠٦٣ — شين الكوم في ٨ نوفمبر سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٣٤٤ ص ٩٠٥ .
(٢) ديمولومب ٢٥ فقرة ٥٧٧ — لوران ١٧ فقرة ١٧٥ — أوبري ورو ٤ فقرة ٣٠٣ ص ١٢٤ — ص ١٢٥ — بودرى وبارد ٢ فقرة ٩٦٩ .

ويخلص من ذلك أن المدين إذا أبرأ دائنه من الدين ، فتعهد على أثر هذا الإبراء أن يفي بالدين لدائنه إذا تمكن من ذلك في المستقبل ، فإن دلالة هذه الظروف تتوجه إلى أن يحمل تمهده هذا على أنه تمهد مدني — مبنى على التزام طبيعي — وقد جعله المدين ، لا مقترناً بأجل ، بل مطلقاً على شرط التمكن من وفاء الدين (قارب بودرى وبارد ٢ ص ١٤٨ هامش رقم ٣) .

(٣) استئناف غنط ١٠ يونيو سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤٣٧ — متوف ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ٤٩٥ ص ٩٠٢ .

(٢) موارد المدين المستقبل ، أى ما يتوقع القاضى أن يكون عند المدين من مال فى المستقبل ، فإن كان له إيراد يكسبه من عمل أو وظيفة أو مهنة ، فقدر القاضى هذا الإيراد فى المستقبل مسترشداً بالماضى . (٣) أن يقتضى من المدين عناية الرجل الحريص على الوفاء بالتزامه ، وهذا عنصر معنوى بخلاف العنصرين المتقدمين فهما من العناصر المادية . وهو بالرغم من أنه معنوى عنصر موضوعى لا ذاتى ، فالقاضى لا يقتضى من المدين عنايته الذاتية ، بل يقتضيه عناية الرجل الحريص على الوفاء بما عليه من الديون . ويكون ذلك بأن يقدم المدين وفاء الدين على كثير من مطالبه ، فإن لم يقدمه على حاجياته الضرورية ، فلا أقل من تقديمه على حاجياته الأخرى (١) . فاذا عجز القاضى ، فى أى وقت من حياة المدين ، عن تحديد موعد الوفاء بتعيين اليوم الذى يصبح فيه المدين موسراً أو قادراً على الوفاء بدينه ، تربص به حتى الموت (٢) . فاذا مات المدين حل دينه حتماً ، وقد مات معسراً فيشارك الدائن سائر الدائنين فى استيفاء حقه من التركة مشاركة الغرماء (٣) .

وتعيين ميعاد يصبح فيه المدين موسراً أو قادراً على الوفاء بدينه مسألة واقع

(١) فإذا كان هناك ما يؤمن الدائن على استيفاء حقه ، اكتفى القاضى بذلك . وقد قضت محكمة طهطا بأن الشرط الذى ينص فيه ، فى عقد غاروقة ، على أن المدين يقوم بصداد الدين عند اقتداره هو بمثابة اشتراط أجل لمصلحته ، فلا يمكن إجباره على الدفع قبل حلول الأجل ما لم يكن قد أضف التأمينات (طهطا فى ١٥ أغسطس سنة ١٩٠٤ المجموعة الرسمية ٦ ص ١٤٧ : أى لا يحل أجل الدين ما دامت الغاروقة فى يد الدائن ولم تضعف أو يضمفها المدين) .

(٢) ومثل تمهد المدين بوفاء الدين عند الميسرة أو المقدرة تمهده بوفاء الدين عندما يشاء . خير أن تمهد المدين بالوفاء عندما يشاء يختلف عن التمهيد الأول فى أمرين : (أولاً) فى تمهد المدين بالوفاء عندما يشاء لا يحل الدين إلا إذا شاء المدين دفعه حال حياته . فإن لم يشأ لم يستطع القاضى تحديد ميعاد الوفاء ، ولا يحل الدين إلا بموت المدين (بودرى وبارد ٢ فقرة ٩٧٠) . (ثانياً) قد يفسر تمهد المدين بالوفاء عندما يشاء أنه إنما أراد أن يلتزم التزاماً أدبياً لا التزاماً مدنياً ، فى هذه الحالة لا يجبر على الوفاء حياً ولا يؤخذ الدين من تركته بعد موته (ديمولومب ٢٥ فقرة ٥٧٦ — بودرى وبارد ٢ فقرة ٩٧١ — بلانويول وريير وجابولك ٧ فقرة ٩٩٩) .

(٣) استئناف مختلط ٧ نوفمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ١٤ — ١٥ نوفمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ٢٩ — ٢٠ يونيو سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤٣٧ — الصف ٣ مارس سنة ١٩١٧ الشرائع ٤ ص ٣٦٧ — الموجز للمؤلف فقرة ٤٨٤ — الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٦٧٠ ص ٥٠٢ — الأستاذ اسحاق غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١٦٧ .

لا ينخضع فيها قاضى الموضوع لرقابة محكمة النقض ، ولكن حلول الدين عند أقرب الأجلين - الميسرة أو الموت - مسألة قانون تخضع لرقابة المحكمة العليا .

٢٥ - الأجل الفاسخ

(Terme extinctif)

٥٥ - **ماهو الأجل الفاسخ** : رأينا أن الالتزام يكون لأجل إذا كان نفاذه أو انقضاؤه مترتباً على أمر مستقبل محقق الوقوع (م ٢٧١/١ مدنى) . ورأينا أن نفاذ الالتزام إذا كان هو المترتب على الأجل ، فالأجل يكون واقعاً . ونقول الآن إنه إذا ترتب على حلول الأجل انقضاء الالتزام - لا نفاذه - فالأجل يكون فاسخاً .

ولما كان الأجل بنوعيه ليس له أثر رجعى ، وكانت كلمة « الفسخ » فى عبارة « الأجل الفاسخ » قد تشعب بأن للأجل الفاسخ أثراً رجعياً كما فى الشرط الفاسخ ، فقد تجنب الفرنسيون هذه الكلمة وأطلقوا على الأجل الفاسخ عبارة « الأجل المنهى » (١) (terme extinctif) . أما التقنين المدنى المصرى فقد استبقى عبارة « الأجل الفاسخ » (انظر المادة ٢٧٤/٢ مدنى) .

٥٦ - **هل يوجد أجل فاسخ ؟** : أما أن التقنين المدنى المصرى قد تصور وجود الأجل الفاسخ ، فهذا ما لا ريب فيه . فقد وردت الإشارة إليه فى موضعين : فى الفقرة الأولى من المادة ٢٧١ مدنى ورد أن الالتزام يكون لأجل « إذا كان نفاذه أو انقضاؤه مترتباً على أمر مستقبل محقق الوقوع » ، وإذا ترتب انقضاء الالتزام على حلول الأجل فهذا الأجل يكون فاسخاً . ثم ذكر التقنين صراحة عبارة « الأجل الفاسخ » فى الفقرة الثانية من المادة ٢٧٤ ، إذ قال أنه « يترتب على انقضاء الأجل الفاسخ زوال الالتزام » (٢) .

(١) وسار على هذا التعبير الأستاذ عبد الحى حجازى فى رسالته فى عقد المدة وفى كتابه فى النظرية العامة للالتزام . أنظر أيضاً الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١٧٥ ص ٢٤٨ .
(٢) وانظر أيضاً التسوس المقابلة فى التقنينات المدنية العربية الأخرى آنفاً فقرة ٤٦ فى -

وإذا استعرضنا الأمثلة التي تورد عادة على أنها أمثلة للأجل الفاسخ نجدها واردة في العقود الزمنية . فالأجر الذي يتعهد . فالمؤجر الذي يتمكن المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة مدة الإيجار ، والعامل الذي يلتزم بحرب العمل أن يعمل مدة معينة ، ومن يتعهد بتوريد الأغذية للمدرسة أو لمستشفى مدة معينة ، ومن يتعهد بدفع إيراد لآخر مدى حياته ، وصاحب حق الانتفاع الذي ينتفع بالعين ما دام حياً أو لمدة معينة ، كل هذه أمثلة لحقوق وردت في عقود زمنية . وقد قلّمنا أن العقد الزمني لا يمكن أن يقال عنه إنه مقترن بأجل فاسخ ، لأن الأجل عنصر جوهري فيه (١) .

على أننا نرى أنه إذا كان صحيحاً أن العقد الزمني لا يجوز أن يقال عنه إنه مقترن بأجل فاسخ للأسباب التي قلّمناها ، فغير صحيح أن الأجل الفاسخ لا يوجد ضرورة إلا في عقد زمني . فهناك عقود تقترن بأجل فاسخ ولا تكون عقوداً زمنية ، وفي هذه العقود ليس الزمن عنصراً جوهرياً بل عنصراً عارضاً ، ومن ثم أجلاً فاسخاً بالمعنى الصحيح . هذه العقود ليست كثيرة في العمل ، كما هو الشأن في العقود الزمنية ، ولكنها موجودة إلى حد يبرر استبقاء الأجل الفاسخ إلى جانب الأجل الواقف ، كما فعل التقنين المدني المصري .

ونذكر الأمثلة التي نحضرنا لهذه العقود :

(١) إذا فتح مصرف لعميله اعتماداً بمبلغ معين لمدة سنة مثلاً ، فبإلزام

— المأمور . أما التقنين المدني الفرنسي فلا يتكلم إلا عن الأجل الواقف ، والفقهاء الفرنسي مضطرب في هذا الصدد . فنرى الفقهاء من يترقب بالأجل الفاسخ وصفاً للعقد لا وصفاً للالتزام (ديمولوب ٢٥ فقرة ٥٩٩ بودري وبارد ٢ فقرة ٩٧٣) ، ومنهم من لا يعتبر الأجل الفاسخ وصفاً للالتزام ، بل يعتبره سبباً من أسباب انقضاء الالتزام (بلانيول وديير وجابول ٧ فقرة ٩٩٨ — بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٧٠٧) .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٥٢ — وينى الأستاذ عبد الحى حجازى ، في شيء من التردد ، عن الأجل الفاسخ (أو الأجل المنهي كما يدعو) أنه وصف للالتزام (أنظر رسالته في عقد المدة ص ٢٣٠ ، وكتابه في النظرية العامة في الالتزام ١ ص ١٧١ — وبنوع خاص ص ١٧٦ — ص ١٧٧) . وينى الأستاذ اسماعيل غانم صراحة عن الأجل الفاسخ أنه وصف للالتزام إذ يقول : « والأجل الفاسخ ليس وصفاً للمعنى الحقيقي ، فهو لا يعدل من آثار الالتزام ، بل هو في حقيقته الطريق الطبيعي لإنهاء الالتزام الزمني ، فهو يحدد مدة بقاء ذلك الالتزام » (أحكام الالتزام فقرة ١٦٨) .

هنا ، وهو محل العقد ، لا يقاس بالزمن أى بالسنة التى فتحت فيها الاعتماد ، إذ هو لا يتغير بتغير هذا الزمن فلا يزيد إذا زاد ولا ينقص إذا نقص . وفى رأينا أن العقد هنا ليس عقداً زمنياً إذ الزمن ليس عنصراً جوهرياً فيه ، ومع ذلك يقرن التزام المصرف بفتح الاعتماد بأجل فاسخ هو مدة السنة ، فإذا انقضت هذه المدة انقضى التزام المصرف بفتح الاعتماد (١).

ويخلص مما قلناه أن المصرف يكون ملتزماً بوضع المبلغ تحت تصرف العميل ، وهذا الالتزام مقرن بأجل فاسخ هو سنة من وقت فتح الاعتماد . وليس الأجل هنا محلاً معقوداً عليه ، بل عنصراً عارضاً ، يمكن تصور العقد بدونهُ . ويكون المصرف فى هذه الحالة ملتزماً بوضع المبلغ تحت تصرف العميل فوراً ، ويأخذهُ العميل فى الحال فيكون قرضاً بسيطاً ، وإنما سُمى القرض هنا بفتح الاعتماد لإضافة الأجل الفاسخ السالف الذكر .

(٢) إذا فتح مصرف لمقاول حساباً جارياً عن مقالة معينة وحدد لإقفال الحساب ستة أشهر مثلاً ، فى هذه الحالة قد تعهد المصرف بالتخصم والإضافة فى الحساب الجارى عن المبالغ التى تضم وتخصم لحساب المقالة المذكورة ، وقرن التزامهُ بأجل فاسخ هو مدة السنة الأشهر . وليست هذه المدة عنصراً جوهرياً فى الالتزام ، بل العنصر الجوهري هو المقالة معينة التى فتحت من أجلها الحساب

(١) أنظر عكس ذلك الأستاذ عبد الحى حجازى فى عقد المدة ص ٤٧ — ص ٤٨ . وهو يعلم أن المدة فى هذا العقد ليست وظيفتها أن تحدد كم المبلغ الموضوع تحت تصرف العميل ، فهو محدد فى ذاته بدون فكرة الزمن ، لا يزيد كهُ ولا ينقص حسب طول المدة أو قصرها . ولكنه يضيف ما يأتى : « ومع ذلك فلزمن دور أصيل فى هذا العقد ، إن العقد ينص على المدة التى يجب فى خلالها أن يظل البنك ملتزماً بوضع مبلغ الاعتماد تحت تصرف المعتمد ، وبالتالي المدة التى يكون المعتمد فى خلالها واثقاً من أن ثمة مبلغاً موضوعاً تحت تصرفه . إن وضع المبلغ تحت تصرف المعتمد طوال مدة العقد ، وإمكان هذا الأخير الاستفادة منه فى كل لحظة فى خلال مدة العقد هو الذى يحقق الفائدة التى يرجوها المعتمد من هذا العقد ، وتلك فائدة تقاس بالزمن ، تزيد معه إذ تزيد ، وتنقص معه إذ ينقص . وهذا كاف لإدراج هذا العقد ضمن طائفة عقود المدة » . حل أن المدة هنا ، وإن حققت فائدة العميل ، إلا أنها فائدة عارضة ، وليست عنصراً جوهرياً فى العقد لا يتصور العقد بدونها ، فهى أقرب إلى أن تكون كالمدة التى يشترطها الصانع فى صنع الآلات : مدة عارضة جبرية .

الجارى . فيكون العقد هنا عقداً غير زمنى . ومع ذلك يكون قد اقترن بأجل . فاسخ (١) .

(٣) إذا تعهد طبيب بعلاج أفراد أسرة لمدة سنة على أن يأخذ الأجر عن كل مرة يعالج فيها مريضاً ، فإن التزامه بالعلاج قد اقترن بأجل فاسخ ، هو مدة السنة ، ولكن هذه المدة ليست عنصراً جوهرياً في العقد ما دام الطبيب يتقاضى أجره لا بحساب المدة بل بحساب مرات العلاج . فالزمن هنا ليس مقياساً للمعقود عليه ، وهو مع ذلك أجل فاسخ (٢) .

(٤) إذا تعهدت شركة بصيانة سيارة أو مصعد أو نحو ذلك من الآلات التى تحتاج إلى الصيانة لمدة سنة مثلاً ، على أن تتقاضى أجرها عن كل عملية من عمليات الصيانة ، فإن الالتزام هنا يكون مقترناً بأجل فاسخ ليس عنصراً جوهرياً فيه (٣) .

(٥) إذا تعهدت شركة التأمين أن تؤمن : لمدة معينة ، عدداً غير معين من الأخطار يمكن تعيينه شيئاً فشيئاً باقرارات متتابعة من جهة المؤمن له ، فقد اختلف في تكييف هذا العقد ، ومن رأى بعض الفقهاء أن العقد ليس بالعقد الزمنى ، ومع ذلك فقد اقترن بأجل فاسخ (٤) .

ويمكن القول بوجه عام أنه يتفق — وإن كان ذلك لا يحدث كثيراً — أن يقترن العقد بأجل فاسخ لا يكون عنصراً جوهرياً فيه ، فلا يكون العقد في هذه الحالة عقداً زمنياً ، ويكون الأجل الذى اقترن به العقد أجلاً فاسخاً بالمعنى الصحيح . ونحن إذ نتكلم فيما يلى عن الأجل الفاسخ ينصرف قولنا إلى هذه العقود على وجه التخصيص . على أنه لا مانع من إطلاق تعبير «الأجل الفاسخ» على المدة في العقود الزمنية ، في شيء من التجوز ، فإن الأحكام لا تتغير سواء اعتبر الأجل الفاسخ في العقود الزمنية أصلاً أو اعتبر وصفاً .

(١) قارن الأستاذ عبد الحى حجازى في عقد المدة ص ٤٨ .

(٢) قارن الأستاذ عبد الحى حجازى في عقد المدة ص ٣٩ .

(٣) قارن الأستاذ عبد الحى حجازى في عقد المدة ص ٣٨ — ص ٣٩ .

(٤) انظر الأستاذ عبد الحى حجازى في عقد المدة ص ٥٥ — ص ٥٦ والمرجع الذى

أشار إليها .

المبحث الثالث

مصادر الأجل

وأى الحقوق يلحقها وصف الأجل

§ ١ - مصادر الأجل

٥٧ - مصادر الاجل الاتفاق والقانون والقضاء . يغلب أن يكون مصدر الأجل هو الاتفاق . ويتميز الأجل عن الشرط في أن له مصدرين آخرين : القانون والقضاء .

وفي الفقه الفرنسى ينتظم الأجل الذى مصدره الاتفاق والأجل الذى مصدره القانون اسم واحد ، فيطلق عليهما معاً « الأجل المستحق قانوناً » *terme de droit* ليقابل الأجل الذى مصدره القضاء ويسمى « الأجل المتفضل به » *terme de grâce* (١) ، أو « نظرة الميسرة » وهى التسمية التى درج عليها الفقه المصرى .

٥٨ - الاتفاق مصدر للأجل : يغلب ، كما قدمنا ، أن يكون مصدر الأجل هو اتفاق الطرفين . فيتفق البائع مع المشتري مثلاً على تأجيل دفع الثمن إلى ميعاد معين ، أو على دفعه أقساطاً فى مواعيد يتفق عليها ، أو يتفقان على تأخير تسليم المبيع إلى أجل (٢) . ويتفق المؤجر مع المستأجر على أن تكون مدة الإيجار وقتاً معيناً ينتهى بانقضائه العقد ، وهذا هو الأجل الفاسخ فى العقد الزمنى ، ولا يعتبر أجلاً بالمعنى الصحيح كما قدمنا .

(١) أوربى ورو ٤ فقرة ٣٠٣ — بودرى وبارد ٢ فقرة ٩٧٢ — بلانويول وريبير وجابول ٧ فقرة ٩٩٨ — بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٧١٨ — كولان وكايباتان ٢ فقرة ٦٦١ — جوسران ٢ فقرة ٧٢٢ .

(٢) وإذا عين لتنفيذ الالتزام حد أقصى للأجل ، فإن انقضاء هذا الحد الأقصى لا يمنع الدائن من مطالبة المدين بتنفيذ التزامه حتى بعد مجاوزة هذا الحد (استئناف مخطوط ١١ مايو سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٣١٢) .

وقد تفرض الاكثريّة الأجل الاتفاق على الأقلية في بعض حالات استثنائية ، كما إذا اتفقت أغلبية دائني التفليسة على تأجيل بعض ديون المفلس .

وكما يكون الاتفاق مصدر الأجل صريحاً ، يصح أن يكون كذلك ضمناً يستخلص من الظروف والملابسات . فإذا تعهد صانع بصنع أثاث معين دون أن يتفق على أجل لتسليم الأثاث ، فالمفروض أن التزام الصانع بالتسليم مقترن بأجل واقف هو المدة المعقولة لصنع هذا الأثاث . ويلجأ القاضي في تعيين هذه المدة ، عند النزاع ، إلى المألوف في هذه الصناعة . وإذا اتفق عامل النقل مع صاحب بضاعة على نقل بضاعته من مدينة إلى أخرى دون أن يتفق معه على أجل ، فإن الأجل هنا أيضاً مفروض ، ويعينه القاضي عند النزاع بالمدة المألوفة لنقل هذه البضاعة بالوسائل التي يملكها عامل النقل (١) .

٥٩ - القانون مصدر للأجل : وقد يكون نص القانون هو مصدر الأجل . ويقع أن يحدد القانون الموت أجلاً أو حداً أقصى للأجل ، كما فعل (م ١/٧٤١ مدني) في الإراد المرتب مدى الحياة فقد جعل له أجلاً هو الموت ، وكما فعل (م ٧٥٤ مدني وما بعدها) في التأمين على الحياة فبالموت يحل دفع مبلغ التأمين عادة ، وكما فعل (م ١/٩٩٣ مدني) في حق المنفعة فإنه ينقضي حتماً بالموت إن لم ينقض قبل ذلك بانقضاء مدة معينة .

ويقع كذلك أن يحدد نص القانون الأجل بمدة معينة من الزمن ، أجلاً واحداً أو حداً أقصى للأجل . فقد قضت المادة ٦٧٣ من تقنين المرافعات بالنزاع الراسي عليه المزارد في التنفيذ العقاري بأن يودع الثمن خزانة المحكمة خلال ثلاثة

= وقد يمنح لدائن المدين أجلاً على سبيل التسامح والتفضل ، فيجيب له أن يسد الدين أقساطاً ، ولكن ذلك لا يمنحه من مطالبة المدين في أي وقت بكل الدين دون أن يجيب عليه المدين بالأجل المتوخى له على سبيل التسامح (استئناف مخطوط ٢١ أبريل سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢٥٣) .

(١) بلانيول وريبير وجابوله ٧ فقرة ١٠٠٠ — ويصح أن يكون مصدر الأجل إرادة المدين المنفردة ، وليس اتفاقاً بينه وبين الدائن . ويقع ذلك كثيراً إذا صدر من أحد الماعدين إيجاب وحده لالتزامه بالبقاء على الإيجاب ميماداً ، أو استخلص هذا الإيجاب ضمناً من ظروف الحال أو طبيعة المعاملة (أنظر المادة ٩٣ مدني) .

الأشهر التالية لصيرورة البيع نهائياً . وقضت المادة ٥٦٣ من التقنين المدني بأنه إذا عقد الإيجار دون اتفاق على مدة ، فيعتبر الإيجار منعقداً للفترة المعينة لدفع الأجرة ، وينتهي بانقضاء هذه الفترة بناء على طلب أحد المتعاقدين إذا هو نبه على التعاقد الآخر بالإخلاء في مواعيد معينة مبينة في النص ، والأجل هنا أجل فاسخ في عقد زمني . ونصت المادة ٥٥٩ مدني على أنه « لا يجوز لمن لا يملك إلا حق الإدارة أن يعقد إيجاراً تزيد مدته على ثلاث سنوات إلا بترخيص من السلطة المختصة » ، وهذا هو حد أقصى للأجل الفاسخ في عقد زمني . ونصت الفقرة الثانية من المادة ٥٢٦ مدني في صدد مدة عقد الشركة على أنه « إذا انقضت المدة المعينة أو انتهى العمل ، ثم استمر الشركاء يقومون بعمل من نوع الأعمال التي تألفت لها الشركة ، امتد العقد سنة فسنة بالشروط ذاتها » . وقد حددت الفقرة الثانية من المادة ٦٧٨ مدني حداً أقصى لعقد العمل يلزم العامل فيه بالخدمة ، فنصت على أنه « إذا كان عقد العمل لمدة حياة العامل أو رب العمل أو لأكثر من خمس سنوات ، جاز للعامل بعد انقضاء خمس سنوات أن يفسخ العقد دون تعويض ، على أن ينظر رب العمل إلى ستة أشهر » . وحدد القانون مدة قصوى للملكية الأسرة ، فنصت المادة ٨٥٢ مدني على أنه « يجوز الاتفاق على إنشاء ملكية الأسرة لمدة لا تزيد على خمس عشرة سنة وإذا لم يكن للملكية المذكورة أجل معين ، كان لكل شريك أن يخرج نصيبه منها بعد ستة أشهر من يوم أن يعلن إلى الشركاء رغبته في إخراج نصيبه » . وحدد كذلك الحد الأقصى للبقاء في الشيوخ ، فنصت المادة ٨٣٤ مدني على أن « لكل شريك أن يطالب بقسمة المال الشائع ما لم يكن مجبراً على البقاء في الشيوخ بمقتضى نص أو اتفاق ، ولا يجوز بمقتضى الاتفاق أن تمنع القسمة إلى أجل يجاوز خمس سنين ، فإذا كان الأجل لا يجاوز هذه المدة نفذ الاتفاق في حق الشريك وفي حق من يخلفه » . وحدد كذلك حداً أقصى لمدة حق الحكر ، فنصت المادة ٩٩٩ مدني على أنه « لا يجوز التحكير لمدة تزيد على ستين سنة ، فإذا عينت مدة أطول أو أغفل تعيين المدة اعتبر الحكر معقوداً لمدة ستين سنة » .

وقد تصدر تشريعات استثنائية تمهل المدينين في دفع ديونهم ، وتمنحهم

آجالاً ، أو توقف الوفاء بالديون moratoires (١) ، ويكون ذلك عادة عقب نشوب حرب يكون من شأنها قلب الموازين الاقتصادية ، أو عقب أزمات اقتصادية يخشى معها خراب المدينين إذا هم أحلوا بدفع ديونهم في المواعيد المحددة ، كما وقع ذلك في التسويات العقارية التي صدرت بها تشريعات تنظمها في مصر .

٦٠ - **انقضاء مصرر لمؤجل** : وقد يكون القضاء هو مصدر الأجل ، ويسمى الأجل القضائي في الفقه المصري بنظرة الميسرة .

والأصل في نظرة الميسرة (délai de grace) أن المدين ، إذا كان يجب عليه الوفاء بدينه في الميعاد المتفق عليه ، إلا أنه إذا استدعت حالته الرأفة به ، ولم يلحق الدائن من التأجيل ضرر جسيم ، ولم يمنع من التأجيل نص في القانون ، يجوز للقاضي ، بهذه الشروط الثلاثة ، أن يمنح المدين أجلاً أو آجالاً معقولة يقي فيها يدينه . وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٣٤٦ مدني على هذا الحكم صراحة إذ تقول : وعلى أنه يجوز للقاضي ، في حالات استثنائية ، إذا لم يمنعه نص في القانون ، أن ينظر المدين إلى أجل معقول أو آجال يتفد فيها التزامه ، إذا استدعت حالته ذلك ، ولم يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم .

ونظرة الميسرة ، كمنظرة الظروف الطارئة ، يراد بها التخفيف من عبء التزام المدين الجدير بالرأفة ، وهي تخفف العبء من حيث الإفاسح في أجل الوفاء ، كما تخفف الظروف الطارئة العبء من حيث تحديد مقدار الدين (٢) .

ونظرة الميسرة أجل واقف يمنحه القاضي كما رأينا ، ولكنه يختلف في أحكامه عن أحكام الأجل الواقف التي سنوردها ، وبخاصة من ناحية مسقطات الأجل ، اختلافاً كبيراً . ونسائر التقنين المدني ، فلا نبحث نظرة الميسرة هنا ، بل عند الكلام في انقضاء الالتزام عن طريق الوفاء ، إذ يجب على المدين أن يقي الدين في ميعاده إلا إذا نظره القاضي إلى أجل (٣) .

(١) انظر في فرنسا بلاتيل وريبير وجايلد ٧ فقرة ١٠٢٣ .

(٢) الموجز للمؤلف فقرة ٤٨٩ ص ٤٩٩ .

(٣) وكان المشروع انتهى التقنين المدني الجديد يشتمل على نص يحدد مصادر الأجل ، هو =

٢٥ - الحقوق التي يلحقها وصف الأجل

٦١ - الحقوق الشخصية والحقوق العينية هما من الملكية : والأجل

وصف يلحق بوجه عام الحقوق الشخصية والحقوق العينية على السواء ،
أيًا كان مصدر هذه الحقوق . فحق المنفعة أيًا كان مصدره مقترن بأجل
فاسخ حده الأقصى هو الموت كما قدمنا . كذلك حق الحكر لا يجوز أن تزيد
مدته على ستين سنة .

غير أن هناك حقًا عينيًا واحدًا - هو حق الملكية - لا يجوز أن يقترن
بأجل واقف أو فاسخ . ذلك أن طبيعة حق الملكية تقتضي أن يكون هذا الحق
أبدياً ، بل هو يتأبد في انتقاله من مالك إلى مالك ، فلا يصح أن يقترن بأجل
فاسخ لأن هذا يتعارض مع أبديته ، ولا بأجل واقف إذ يقابل هذا الأجل
أجل فاسخ في الجهة الأخرى (١) .

= المادة ٣٩٣ من هذا المشروع ، وكانت تجري على الوجه الآتي : « ١ - الأجل إما أن يكون
اتفاقياً يحلله المتعاقدان صراحة أو ضمناً ، وإما أن يكون بحكم القانون . ٢ - ويجوز للقاضي
في حالات استثنائية ، إذا لم يمنحه نص في القانون ، أن ينظر المدعى إلى أجل مقبول أو آجال
ينقل فيها التزامه ، إذا استبعدت حالته ذلك ، ولم يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم »
(أنظر المذكرة الإيضاحية في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٣ في الهامش) . وقد حذفت
لجنة المراجعة هذا النص ، بعد أن نقلت الفقرة الثانية منه (الخاصة بنظرة الميسرة) إلى الفصل
المعقود لوفاء كسب من أسباب انقضاء الالتزام عند الكلام في ميعاد الوفاء (مجموعة الأعمال
التحضيرية ٣ ص ٢٣ في الهامش) .

ونصت المادة ١٠٦ من تقنين الموجبات والمعقود البنائي على ما يأتي : « الأجل الموجل إما
قانوني أو متوج . فالقانون هو الميثب عقد إنشاء الموجب أو في عقد لاحق له أو المستند
من القانون . والأجل الممنوح هو الذي يمنحه القاضي » . ونصت المادة ١٠٧ من هذا التقنين
على أن « الأجل القانوني صريح أو ضمني : فهو صريح إذا كان مشتركاً صراحة ، وضمني
إذا كان مستتجاً من ماهية الموجب » .

(١) وقد نصت المادة ٢٩٢ من التقنين المدني العراقي على أنه ولا يصح في العقد اقتران الملكية
بأجل ، (أنظر عكس ذلك الأستاذ حسن الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي
فقرة ١٥٤ ص ١٤٩) .

٦٢ - المفروض التي يلحقها وصف المدَّعَى : فالحقوق المالية ، عدا حق الملكية ، تقبل الاقتران بالأجل كما قلنا . أما الحقوق المتعلقة بالأحوال الشخصية فلا تقبل الاقتران بالأجل ، كما لا تقبل التعليق على الشرط . فالزواج إلى أجل أو مقترناً بأجل واقف لا يجوز ، وكذلك الطلاق والحجر والإذن بالتجارة والحقوق المتولدة من النسب ونحو ذلك من الحقوق .

الفرع الثاني

ما يترتب على الأجل من الآثار

٦٣ - النصوص القانونية : تنص المادة ٢٧٤ من التقنين المدني على ما يأتي :

- ١ - إذا كان الالتزام مقترناً بأجل واقف ، فإنه لا يكون نافذاً إلا في الوقت الذي ينقضي فيه الأجل . على أنه يجوز للدائن ، حتى قبل انقضاء الأجل ، أن يتخذ من الإجراءات ما يحافظ به على حقوقه . وله بوجه خاص أن يطالب بتأمين إذا خشى إفلاس المدين أو إعساره واستند في ذلك إلى سبب معقول .
- ٢ - ويترتب على انقضاء الأجل الفاسخ زوال الالتزام ، دون أن يكون لهذا الزوال أثر رجعي (١) .

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، ولكن الأحكام التي يقضى بها كان معمولاً بها دون حاجة إلى نص .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٣٩٨ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٢٨٦ من المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٢٧٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٤ - ص ٣٥) . وانظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٤ - ص ٣٥ .

ويقابل النص في التقنيات المدنية العربية الأخرى: في التقنين المدني السوري المادة ٢٧٤ ، وفي التقنين المدني الليبي المادة ٢٦١ ، وفي التقنين المدني العراقي المادة ٢٩٣ ، وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المواد ١٠٨ و ١١١ و ١١٧ و ١١٨ (١).

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري : م ٢٧٤ (مطابقة للمادة ٢٧٤ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني الليبي : م ٢٦١ (مطابقة للمادة ٢٧٤ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي : م ٢٩٣ : ١ - العقد المضاف إلى أجل واقف ينتفد سبباً في الحال ، ولكن يتأخر وقوع حكمه إلى حلول الوقت المضاف إليه . ٢ - والعقد المقترون بأجل فاسخ يكون نافذاً في الحال ، ولكن يترتب على انتهاء الأجل انقضاء العقد . (والحكم واحد في التقنينين المصري والعراقي ، وعبرة التقنين العراقي مستمدة من لغة الفقه الإسلامي . قارن الأستاذ حسن الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ١٥٤) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني : م ١٠٨ : أن الأجل المؤجل لا يقتصر على جعل الموجب غير مستحق الإيفاء ، بل يمنع عنه حكم مرور الزمن ما دام الأجل لم يحل . أما إذا كان الموجب قد نفذ ، فلا وجه لاسترداد ما لم يجب .

م ١١١ : إن الدائن إلى أجل يمكنه حتى قبل الاستحقاق أن يتوصل بكل الوسائل الاحتياطية لصيانة حقوقه وأن يطلب كفالة أو غيرها من وجوه التأمين أو أن يعتمد على الحجز الاحتياطي حين يجد من الأسباب الصحيحة ما يجعله على الخوف من عقم ملاءة المدينين أو من إفلاسه أو من هربه .

م ١١٧ : إن الموجبات التي موضوعها إجراء أمر متواصل أو سلسلة أمور متتابعة يكون مفعول الأجل فيها الأسقاط .

م ١١٨ : للموجب ذي الأجل المسقط مفاعيل الموجب البسيط ما دام ذلك الأجل لم يحل . وعند حلوله تنقطع مفاعيل الموجب فيما يختص بالمستقبل فقط .

(ورغم إضافة التقنين اللبناني في التفصيلات فإن الأحكام واحدة في التقنينين المصري واللبناني فيما عدا ما يأتي : (١) لا يميز التقنين اللبناني رد الدين المؤجل إذا كان قد وفى قبل حلول الأجل ، ويميز التقنين المصري ذلك على تفصيل سيأتي (م ١٨٣ مصري) — (٢) يميز التقنين اللبناني الحجز التحفظي بالدين المؤجل ، أما تقنين المرافعات المصري فيشترط في المحجوز التحفظية أن يكون الدين محقق الوجود حال الأداء (م ٥٤٣ و ٦٠٤ مرافعات مصري) — ويلاحظ أيضاً أن المادة ١١٧ من التقنين اللبناني تعرض للالتزامات الناشئة من عقود زمنية ، ولكن لتقرر جواز أن يقترون بها أجل فاسخ يكون مفعوله عند انقضائه إسقاط الالتزام) .

٦٤ - قبل حلول الأجل وعدم حلول الأجل : ويتبين من النص المتقدم أنه هنا أيضاً ، كما في الشرط ، يجب أن نميز بين مرحلتين: (١) المرحلة السابقة على حلول الأجل ، أى وقت قيام الأجل . (٢) ومرحلة حلول الأجل ، وهذه المرحلة لا تحدث إلا بصورة واحدة هى أن يحل الأجل فعلاً . ويختلف الشرط عن الأجل في ذلك بأن مرحلة ما بعد التعليق تحدث تحقق الشرط أو تخلفه ، لأن الشرط ، خلافاً للأجل ، أمر غير محقق الوقوع .

المبحث الأول

الآثار قبل حلول الأجل

§ ١ - الأجل الواقف

٦٥ - الحق المقترن بأجل واقف هو موجود وهو لأجل الوجود : والحق المقترن بأجل واقف هو حق موجود كالحق المعلق على شرط واقف ، بل هو أقوى وجوداً ، إذ الحق المعلق على شرط واقف حتى ناقص كما رأينا ، أما الحق المقترن بأجل واقف فهو كامل الوجود .
ويترتب على وجود الحق المقترن بأجل واقف من النتائج ما سبق أن رتبناه على وجود الحق المعلق على شرط واقف ، ويزيد نتائج أخرى مستمدة من كمال وجوده .

فمن النتائج المستمدة من محض الوجود ما يأتي :

- (١) ينتقل هذا الحق من صاحبه إلى الغير بالتصرف والميراث وغير ذلك من أسباب انتقال الحقوق ، على التفصيل الذى قررناه بالنسبة إلى الحق المشروط .
- (٢) يجوز لصاحب هذا الحق أن يجرى الأعمال المادية اللازمة لصيانته من التلف . ولا يجوز لمن عليه الحق أن يقوم بأى عمل من شأنه أن يمنع استعمال الحق عند حلول أجله أو يزيده صعوبة ، وذلك كله على التفصيل الوارد في الحق المشروط .

(٣) يجوز لصاحب هذا الحق أن يقوم بالأعمال التحفظية اللازمة للمحافظة على حقه ، كوضع الأختام وتحرير قوائم الجرد وقيد الرهون الرسمية وتجديد القيد والتدخل في القسمة ووضع الحراسة على الأعيان ورفع دعاوى تحقيق الخطوط (١) ورفع الدعوى غير المباشرة ودعوى الصورية ، دون الدعوى البولصية لأن الحق غير مستحق الأداء . وله بوجه خاص - كما تقول المادة ١/٢٧٤ مدني - أن يطالب بتأمين إذا خشي - مستنداً في ذلك إلى سبب معقول ولا يكفي مجرد الخشية الذاتية إذا لم تكن مستندة إلى سبب يبررها - إفلاس المدين أو إعساره . فإذا لم يقدم المدين التأمين ، ترتب على ذلك سقوط الأجل ، قياساً على حكم المادة ٢٧٣ مدني وسيأتي ذكرها (٢) . وقد قدمنا كل ذلك في الحق المشروط (٣) .

(١) وفي عن البيان أن الحكم الذي يحصل عليه الدائن بصحة السند المثبت لدين مؤجل لا يستطيع الحصول بموجبه على حق اختصاص ، لأن حق الاختصاص لا يؤخذ إلا بموجب حكم واجب التنفيذ في موضوع الدعوى أي بالدائن نفسه (م ١٠٨٥ مدني) . وفي فرنسا قانون قديم صدر في ٣ سبتمبر سنة ١٨٠٧ ويقضي بأنه إذا صدر حكم بصحة دين قبل حلول أجله ، فلا يجوز الحصول بموجب هذا الحكم على رهن عام (وهو ما يقابل حق الاختصاص هنا) على أموال المدين إلا إذا لم يدفع المدين الدين عند حلول أجله ، وهذا ما لم يوجد اتفاق على غيره (بودي وبارد ٢ فقرة ٩٩٨ - بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٠٥ ص ٣٤٤) . ويرى أكثر الفقهاء أن قانون ٣ سبتمبر سنة ١٨٠٧ اقتصر في نفيه على حالة الحكم بصحة السند العرفي المثبت لدين ، فإذا كان الدين غير ثابت في سنده ما ، أو كان ثابتاً في سند رسمي ، فإنه لا يجوز رفع دعوى بصحة الدين قبل حلول الأجل ، إذ لو جاز ذلك لاستطاع الدائن أن يحصل على الرهن العام عند حلول الأجل ، وهذا يخالف المقصد القائم ما بين الطرفين ، فإن المدين لم يرض أن يسطي للدائن رهناً خاصاً فكيف يجوز للدائن أن يحصل على رهن عام ! (ديمولوب ٢٥ فقرة ٦١٧ - لوران ١٧ فقرة ١٨٨ - أوربي ورو ٤ فقرة ٣٠٣ هامش رقم ٣ - بودي وبارد ٢ فقرة ٩٩٩ - عكس ذلك لارومبيير م ٣ ١١٨٩ فقرة ٢٤) .

(٢) ويعتبر التزام المدين بتقديم التأمين أو دفع الدين فوراً التزاماً تخييرياً مصدره نص القانون ، وحق الخيار فيه للمدين (أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٣٧ - ص ٣٨) .

(٣) أما طلع التتادم فلا فائدة منه ، لأن الدين المؤجل لا يسرى في حقه التتادم إلا عند حلول الأجل ، فإذا حل الأجل وبدأ التتادم يسرى كان للدائن بطبيعة الحال أن يقطعه (بودي وبارد ٢ فقرة ٩٩٤) .

(٤) يجوز لصاحب هذا الحق أن يدخل في التوزيع ، بل إذا كان التوزيع نتيجة إفلاس المدين أو إعساره ، فإن الأجل الواقف يسقط كما سنرى ، ويستوفى الدائن حقه باعتبار أنه حال مستحق الأداء

ومن النتائج المستمدة من كمال الوجود - ويزيد فيها الحق المقترن بأجل على الحق المشروط - ما يأتي :

(١) يسقط الأجل الواقف، ويصبح الحق المؤجل مستحق الأداء، إذا شهر إفلاس المدين أو إعساره .

(٢) بل إن المدين إذا أضعف بفعله التأمينات التي أعطاهها للدائن ، أو لم يقدم ما وعد به من تأمين ، فإن الأجل يسقط كذلك على تفصيل سنذكره فيما بعد .

(٣) بل إن ضعف التأمين أو الخشية من إفلاس المدين أو إعساره خشية تستند إلى سبب معقول ، ولورجع ذلك إلى سبب خارج عن إرادة المدين ، يكفي لإسقاط الأجل ، إلا إذا قدم المدين تأميناً كافياً .

(٤) وإذا هلك الشيء محل الحق المؤجل بسبب أجنبي قبل حلول الأجل ، كان الهلاك على الدائن لا على المدين ، لأن الشيء قد أصبح حقاً مؤكداً له فهلك عليه ، بخلاف ما رأيناه في الشرط . فإذا هلكت العين المؤجرة في يد المستأجر قبل حلول أجل ردها ، أو هلكت الوديعة في يد حافظ الوديعة قبل انقضاء أجل الوديعة ، كان الهلاك على الدائن ، أى المؤجر أو المودع . أما إذا كان العقد بيعاً فقد رأينا أن العين تهلك على البائع ، فإذا حدد أجل لتسليم العين المبيعة إلى المشتري ، وهلكت العين قبل التسليم ، فالهلاك على البائع لا على المشتري أى على المدين لا الدائن (١) ، وهذا هو حكم العقد إذا كان ناقلاً للملكية .

٦٦ - ولكنهم هم غير نافذ : على أن الحق المقترن بأجل واقف ، إذا كان حقاً موجوداً كاملاً الوجود ، فإنه مع ذلك حق غير نافذ . وتقول المادة

(١) والتون ٢ ص ٣٦٥ - الموجز للمؤلف فقرة ٤٨٦ ص ٤٩٥ .

١/٢٧٤ مدنى أن هذا الحق « لا يكون نافذاً إلا فى الوقت الذى ينقضى فيه الأجل » .

ومن النتائج التى تترتب على عدم نفاذه إلى حين حلول الأجل ما يأتى :

١ - لا يجوز للدائن أن يجبر المدين على أداء الدين المؤجل قبل حلول الأجل ، فان هذا الدين لا يقبل التنفيذ الجبرى ما دام الأجل قائماً (١) .

٢ - وكذلك لا يقبل الدين المؤجل التنفيذ الاختيارى : فاذا أداه المدين قبل حلول الأجل اختياراً ، ولكن عن غلط معتقداً أن الأجل قد حل أو معتقداً أن الدين حال غير مؤجل ، جاز له أن يسترده من الدائن ما دام الأجل لم يحل وفقاً لأحكام استرداد غير المستحق . على أنه يجوز للدائن - بل ويأزم بذلك

(١) ويترتب على ذلك : (١) إذا رفع الدائن الدعوى يطالب بوفاء الدين قبل حلول الأجل ، رقت دعواه ، حتى لو تهمد أنه لا ينفذ الحكم إلا عند حلول الأجل (لوران ١٧ فقرة ١٨٤ - أوربى ورو ٤ فقرة ٣٠٣ ص ١٣٢ - بودرى وبارد ٢ فقرة ٩٩٠ - بلانيول وريبير وجابولد ٨ فقرة ١٠٠٥) . (ب) وإذا لم يحضر المدين ، جاز للقاضى من تلقاء نفسه أن يرفض الدعوى ، لأن الحكم ينفذ دين لم يحل أجله لا يجوز ويكون واجباً نقضه (ديمولومب ٢٥ فقرة ٦٠٨ - أوربى ورو ٤ فقرة ٣٠٣ وهامش رقم ١١ - بودرى وبارد ٢ فقرة ٩٩٠ - ولكن قارن دريدا Derrida فى أنسيكاويدى دالوز ه لفظ *terme* فقرة ٢٢) . (ج) ورفض الدعوى واجب حتى لو حل أجل الدين أثناء نظرها ، لأن الحكم يستند إلى يوم رفع الدعوى وفى هذا اليوم لم يكن الدين مستحق الأداء (لارومبيير ٣ م ١١٨٩ فقرة ٢٦ - بارتان على أوربى ورو ٤ فقرة ٣٠٣ هامش ١٠ مكر - بودرى وبارد ٢ فقرة ٩٩٠ - بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٠٥) . ولكن هذه المسألة فيها نظر ، فقد يقال أن القاضى يحكم بالوفاء ما دام الدين قد استحق أثناء نظر الدعوى ، غير أنه يحل المصروفات على الدائن إذ تعجل فى رفع الدعوى قبل حلول الأجل ، وذلك اقتصاداً فى مجهود التقاضى (أنظر تولىه ٦ فقرة ٦٦٤) . وفى القضاء المختلط سكان متعارضين فى هذه المسألة ، فقد قضت محكمة القضاء المستعجل بالإسكندرية بأن دعوى إخلاء المين المؤجرة أمام القضاء المستعجل تكون غير مقبولة فيها قبل الألوان إذا هى رقت قبل أن ينقضى عقد الإيجار ، حتى لو انقضى العقد أثناء نظر الدعوى ولم يبادر المستأجر إلى إخلاء المين (الإسكندرية القضاء المستعجل ٣ ديسمبر سنة ١٩١٩ جازيت ١٠ رقم ١٩ ص ١٣) . ولكن محكمة الاستئناف المختلطة قضت ، من جهة أخرى ، بأنه إذا رقت دعوى الوفاء بالدين قبل حلول أجله ، ولكن حل الأجل أثناء نظر الدعوى دون أن يمرض المدين الوفاء ، فلا يحل الحكم برفض الدعوى لرفضها قبيل الألوان (استئناف مختلط أول مارس سنة ١٩١٩ م ٦ ص ١٤٣) .

إذا كان الأجل قد حل قبل الاسترداد - أن يقتصر على رد ما استفاد به بسبب الوفاء المعجل بشرط ألا يزيد ذلك على ما لحق المدين من ضرر طبقاً لقواعد الإثراء بلا سبب . فإذا كان الدين الذي عجله المدين نقوداً ، ألزم الدائن أن يرد الفائدة بالسعر القانوني أو الاتفاقي عن المدة التي كانت باقية لحلول الأجل . وقد كان هناك رأى في عهد التقنين المدني السابق يذهب إلى أن الدين المؤجل إذا عجل ، ولو عن غلط ، لا يسترد ، لأن المدين يكون قد دفع ما هو مستحق عليه ، إذ الدين المؤجل - خلافاً للدين المعلق على شرط - موجود كامل الوجود (١) . ولكن التقنين المدني الجديد حمى هذا الخلاف بنص صريح ،

(١) أنظر في هذا المعنى الموجز للمؤلف فقرة ٤٨٦ ص ٤٩٤ - الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٦٧٦ ص ٥٠٦ (وانظر في أن العبرة بتاريخ الوفاء المعجل ، فإن وقع قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ طبق التقنين السابق ، وإلا طبق التقنين الجديد : الوسيط جزء أول ص ١٢٢٠ هامش رقم ٣) . وانظر عكس ذلك : والتون ٢ ص ٣٦٢ - ص ٢٦٤ (ويذهب إلى أن الدين المؤجل إذا دفع من بينه لا يسترد ، وإذا دفع من غلط استرد) .

وفي الفقه الفرنسي وقع خلاف في هذه المسألة ، فأغلبية الفقهاء يذهبون إلى عدم جواز استرداد ما دفع من غلط قبل حلول الأجل ، لأن التقنين المدني الفرنسي يشتمل على نص في هذا المعنى هو المادة ١١٨٦ ، وتقضى بأن ما كان غير مستحق الوفاء إلا بعد أجل لا يجوز المطالبة به إلا عند حلول الأجل ، ولكن ما عجل الوفاء به لا يسترد (تولييه ١١ فقرة ٥٩ - أوبري ورو ٤ فقرة ٣٠٣ ص ١٢٦ - لاروميير ٣ م ١١٨٦ فقرة ٣٤ - لوران ١٧ فقرة ١٨٥ - هيك ٧ فقرة ٢٨٤ - بودرى وبارد ٢ فقرة ٩٨٨ - بلانيول وريبير وجابوله ٧ فقرة ١٠٠٩ - بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٧٠٧ - بلانيول وريبير وبولانجييه ٢ فقرة ١٤٩٧ - كولان وكايبان ٢ فقرة ٦٦٣ ص ٤٥٢ - جوران ٢ فقرة ٧٢٧) . ولكن بعض الفقهاء يفسرون النص المتضمن بأن من يدفع قبل الأجل من بينه - لا عن غلط - لا يجوز له أن يسترد ، أما إذا دفع من غلط فقد دفع غير المستحق وجاز له الاسترداد (ماركاديه ٤ فقرة ٥٧٢ - ديملومب ٢٥ فقرة ٦٣٣ - فقرة ٦٣٤) - هذا والفقهاء الذين يذهبون إلى عدم جواز الاسترداد حتى لو كان الدفع من غلط يختلفون فيما بينهم : فبعضهم يجيز للمدين أن يسترد من الدائن ثمار ما دفعه قبل الأجل دون أن يسترد الأصل (ديرانتون ١١ فقرة ١١٣ - مورلون فقرة ١٢٢٢ - لوران ١٧ فقرة ١٨٦) ، وبعض آخر لا يجيز للمدين أن يسترد الأصل ولا الثمار (تولييه ١١ فقرة ٥٩ - أوبري ورو ٤ فقرة ٣٠٣ هامش رقم ١٠ - لاروميير ٣ م ١١٨٦ فقرة ٣٥ - هيك ٧ فقرة ٢٨٥ - بودرى وبارد ٢ فقرة ٩٨٩ - بلانيول وريبير وجابوله ٧ فقرة ١٠٠٩ ص ٣٤٨ - بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٧٠٥ - بلانيول وريبير وبولانجييه ٢ فقرة ١٤٩٨) .

هو المادة ١٨٣ وتنص على أنه « ١ - يصح كذلك استرداد غير المستحق إذا كان الوفاء قد تم تنفيذاً للالتزام لم يحل أجله وكان الموقى جاهلاً بقيام الأجل .
٢ - على أنه يجوز للدائن أن يقتصر على رد ما استفاده بسبب الوفاء المعجل في حدود ما لحق المدين من ضرر . فإذا كان الالتزام الذي لم يحل أجله تقوياً ، التزم الدائن أن يرد للمدين فائدتها بسعرها القانوني أو الاتفاق عن المدة . الباقية لحلول الأجل (١) » . ويبرر هذا الحكم أن المدين قد عجل الدين عن غلط وهو يجهل قيام الأجل ، والأجل يقابله منفعة ، فإذا كان قد دفع المستحق فيما يتعلق بالدين ذاته لأن الدين المؤجل موجود كما قدمنا ، ألا أنه دفعه قبل حلول الأجل ، فكان له أن يسترد المنفعة التي تقابل الأجل وهذه غير مستحقة ، وبهذا تقضي المادة ١٨٣ كما رأينا (٢) .

وغنى عن البيان أن المدين إذا دفع الدين المؤجل قبل حلول الأجل وهو عالم بقيامه ، فإنه يعتبر متنازلاً عن الأجل ، والتنازل من مسقطات الأجل كما سنرى ، وبذلك يصبح الدين حالاً مستحق الأداء ، فلا يسترد شيئاً من الدائن في هذه الحالة .

٣ - ولما كان الدين المؤجل غير نافذ وغير مستحق الأداء ، فإن المقاصة القانونية لا تقع بينه وبين دين آخر مستحق الأداء للمدين على الدائن ، لأن المقاصة القانونية لا تكون إلا في دينين مستحقين الأداء ، ولأن التنفيذ الجبرى ممنوع في الدين المؤجل والمقاصة القانونية ضرب من التنفيذ الجبرى (٣) .

(١) وقد سبق شرح هذا النص في الجزء الأول من الوسيط عند الكلام في دفع غير المستحق الوسيط ١ فقرة ٨٤٧) .

(٢) وقد أوردت المذاكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى تطبيقاً عملياً لهذا الحكم إذ تقول : « فيحق مثلا لمقاول اعتقد خطأ أنه ملزم بتسليم بناء قبل الموعد المقرر بستة أشهر ، وتحمل بسبب ذلك نفقات إضافية ، أن يطالب الدائن ، إذا لم يشأ أن يرد البناء الذى تسلمه إلى أن يحل الأجل ، بأقل التقيتين : قيمة النفقات الإضافية وقيمة إيراد البناء في خلال الشهور الستة » (مجموعة الأعمال الصحفية ٢ ص ٤٥٢) .

(٣) ولكن إذا كان من يتمسك بالمقاصة لحق له مؤجل يستند في تمسكه إلى أن الأجل في صالحه وقد نزل عنه ، جاز ذلك (بودرى وبارد ٢ فقرة ٩٩١ - بلانويول وريير ونيجاوبل ٧ فقرة ١٠٠٥ ص ٣٤٤) .

٤ - ولما كان الدين المؤجل غير مستحق الأداء ، فإنه لا يجوز للدائن صاحب هذا الحق أن يوقع به حجزاً تحفظياً تحت يد مدين مدينه ، ولا يجوز أن يوقع به أى حجز تحفظي آخر (١) ، فإن الحجز التحفظية ، طبقاً لصريح نص المادتين ٥٤٣ و ٦٠٤ من قنن المرافعات ، تقتضي أن يكون الدين المحجوز به محقق الوجود حال الأداء ، والدين المؤجل إذا كان محقق الوجود فهو غير حال الأداء (٢) .

٥ - ولا يجوز للدائن إذا كان حقه مؤجلاً أن يستعمل الدعوى البولصية ، لأن هذه الدعوى تقتضي أن يكون حق الدائن مستحق الأداء . ويلاحظ أن إحصار المدين ، وهو شرط في الدعوى البولصية ، لا يؤدي إلى إسقاط الأجل ، إذ الأجل لا يسقط إلا بشهر إحصار المدين كما سئرى . وإذا شهر إحصار المدين ، لم يعد الدائن في حاجة إلى رفع الدعوى البولصية ، إلا إذا كان ذلك بالنسبة إلى تصرف صدر من المدين قبل شهر الإحصار ، وعند ذلك يرفع الدائن الدعوى البولصية بموجب حق مستحق الأداء أسقط شهر الإحصار أجله .

٦ - ولما كان الدين المؤجل لا يستحق الأداء إلا عند حلول الأجل ، فإن التقادم المسقط لا يسرى في حقه ما دام الأجل قائماً ، ولا يسرى إلا منذ حلول الأجل (٣) .

(١) وقد كان هذا هو أيضاً الحكم في عهد القنن المدني السابق (استئناف مخطوط ١٧ أبريل سنة ١٩٠٠ م ١٢ م ٢٠٣ - ٢ أبريل سنة ١٩٠٢ م ١٤ م ٢٢٢ - ١١ فبراير سنة ١٩١٥ م ٢٧ م ١٦١ - ١٨ نوفمبر سنة ١٩٢٦ م ٣٩ م ٢٣ - ٢٩ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ م ٢٤١ - الموجز المؤلف فقرة ٤٨٦ ص ٤٩٥) .

(٢) ويذهب الفقه الفرنسي في هذه المسألة إلى نفس الحكم الذي قطعت به عندنا النصوص الصريحة المشار إليها في قنن المرافعات (ديمولوب ٢٥ فقرة ٦١٠ - لارومبيير ٢ م ١١٦٦ فقرة ٢١ - لوران ١٧ فقرة ١٨٧ - بودرى وبارد ٢ فقرة ٥٩٥ - بلانيول وريبير وجابول ٧ فقرة ١٠٠٥ م ٣٤٤ - جازسونية الطبعة الثانية ؛ فقرة ١٣٨٩ م ٣٣٦) . ولكن الرأي الراجح في الفقه الفرنسي أن نظرة الميسرة لا تمنع الدائن من توقيع حجز ما للمدين لدى الغير (بلانيول وريبير وجابول ٧ فقرة ١٠٢١ م ٣٦٤) .

(٣) وقد قلنا أن الأجل إذا كان موكولاً تمييزه إلى إرادة الدائن ، كما إذا اتفق على حلوله -

٧ - كذلك لا يجوز للدائن إذا كان حقه مؤجلاً أن يحبس حقاً للمدين عنده ، فإن الحبس لا يكون إلا للمدين مستحق الأداء ، وقد سبق بيان ذلك (١) .

§ ٢ - الأجل الفاسخ

٦٧ - الحق المقرره بأجل فاسخ موجود ونافذ : وهنا نتجاوز فنعتبر العقود الزمنية مقترنة بأجل فاسخ ، لأنها هي الكثرة الغالبة في هذا الميدان من الناحية العملية .

وتمكن المقارنة ما بين الحق المقترن بأجل فاسخ والحق المعلق على شرط فاسخ في أنهما يتفقان في الوجود والتفاد ، ويختلفان في أن الحق المعلق على شرط فاسخ حق موجود على خطر الزوال كما قلنا ، أما الحق المقترن بأجل فاسخ فحق مؤكد الزوال عند حلول الأجل ، فهو أضعف في هذه الناحية من الحق المعلق على شرط فاسخ ، ولكنه أقوى منه في ناحية أخرى إذ أنه عندما يزول لا يزول بأثر رجعي كالحق المعلق على شرط فاسخ بل لا بد أن يوجد مدة من الزمن .

فصاحب الحق المقترن بأجل فاسخ يملكه حالاً ، وله أن يديره ، وأن يتصرف فيه بجميع أنواع التصرفات الجائزة ، وتنفذ جميع تصرفاته فوراً ولكن في حدود حقه وهو حق مخلود بأجله فهو حق مؤقت ضرورة . فالمستأجر مثلاً تستطيع أن يتصرف في حقه بالإيجار من الباطن وبالتنازل عن الإيجار لغيره ، ويكون ذلك بطبيعة الحال في حدود الإيجار الأصلي .

والدائن بأجل فاسخ له حق حال واجب الأداء ، ويستطيع أن يتقاضاه من المدين طوعاً أو كرهاً ، أى بطريق التنفيذ الاختياري أو بطريق التنفيذ القهري .

= الدين بعد إخطار الدائن المدين بثلاثة أشهر مثلاً ، فإن التقادم يسرى في حق هذا الدين من وقت وجوده لا من وقت حلول الأجل الموكول إلى إرادة الدائن ، وإلا كان غير قابل للتقادم (أوبري ورو ٤ فقرة ٣٠٣ ص ١٢٥ - وأنظر آنفاً فقرة ٥٠ في الخامس) .

(١) الوسيط ٢ فقرة ٦٤٢ ص ١١٤٣ .

وله أن يوقع حجز ما للمدين لدى الغير والحجوز التحفظية الأخرى ، وأن يستعمل الدعوى البولصية ، وأن يحبس ما تحت يده للمدين حتى يستوفى حقه . ولما كان هذا الحق واجب الأداء ، فإن التقادم المسقط يسرى ضده منذ نشوئه (١) .

٦٨ - ولكن الحق المقرره بأجل فاسخ مؤكده الزوال : وهذا هو المعنى الجوهرى للأجل الفاسخ ، فالحق المقرن به حتى مؤقت بطبيعته ، وينتهى حتماً بانتهاء الأجل .

ويرتب على ذلك أن جميع تصرفات صاحب الحق المقرن بأجل فاسخ تكون مقيدة بحدود هذا الحق ، فهى مؤقتة مثله ، إذ لا يستطيع الشخص أن ينقل إلى غيره أكثر مما له .

المبحث الثانى

الآثار عند حلول الأجل

١٨ - كيف يحل الأجل

٦٩ - أسباب سقوط حلول الأجل : يحل الأجل بأحد أسباب ثلاثة :

(١) بانقضاءه (٢) أو بسقوطه (٣) أو بالنزول عنه ممن لهم مصلحة فيه (٢) . ولا يتصور فى الأجل ، كما أمكن التصور فى الشرط ، أنه قد يتخلف ، فالأجل كما علمنا أمر بحقق الوقوع .

(١) ولا تنأى بالنسبة إلى الحق المقرن بأجل فاسخ ما أنير بالنسبة إلى الحق الملحق على شرط فاسخ من مسائل التطهير والشفعة والتضادم المكسب والمقاصة القانونية ، فإن الحق المقرن بأجل فاسخ حتى مسيره حتماً إلى الزوال ، فلا يقوى على مثل هذه الأوضاع القانونية .

(٢) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد فى هذا الصدد : « والأصل أن ينتفى الأجل بالحلول أو السقوط أو التنازل . على أن لانقضاء الأجل أسباباً أخرى تعرض فى أحوال خاصة : كإنقضاء الأجل بالموت فى حالة تصفية التركة ، وسقوط الأجل التقضاى بوقوع المقاصة أو بقيام دائن آخر بالتنفيذ على أموال المدين أو بتحقيق الاقتدار على الوفاء »

(مجموعة الأحكام التحضيرية ٣ ص ٢٤ فى الهامش) .

٧٠ - مآول الأجل بانقضاء : أول سبب لآلول الأجل - واقفاً

كان الأجل أو فاسخاً - هو انقضاءه ، وهذا هو السبب الطبعى المألوف . وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المبنى الجديد يشتمل على نص فى هذه المسألة ، هو المادة ٣٩٤ من هذا المشروع ، وكانت تجرى على الوجه الآتى : « ١ - يحل الأجل إذا تحقق الأمر المنتظر أو انقضى الميعاد المضروب . ٢ - إذا جعل مبدأ سريان الأجل من وقت وقوع أمر معين ، فلا يحسب اليوم الذى يقع فيه هذا الأمر عند حساب الأجل . ٣ - إذا كان الميعاد بالأيام ، فيحسب اليوم من منتصف الليلة إلى منتصف الليلة التالية . وإذا كان بالأسابيع أو بالشهور أو بالسنين ، فانه ينقضى فى اليوم الذى يتفق فى تسميته أو فى تاريخه مع اليوم الذى بدأ فيه الميعاد ، فان لم يوجد مثل هذا اليوم فى الشهر الأخير فان الأجل ينقضى فى اليوم الأخير من هذا الشهر . وإذا كان الأجل نصف شهر ، فتكون مدته خمسة عشر يوماً مهما كان عدد أيام الشهر » . وقد حذفت لجنة المراجعة هذه المادة « لأنها تتضمن حكماً تفصيلياً لآضرورة له (١) » .

وغنى عن البيان أن النص المحذوف ليس إلا تطبيقاً تفصيلياً للقواعد العامة ، ومن ثم تسرى أحكامه بالرغم من حذفه استناداً إلى هذه القواعد . فيحل الأجل بوقوع الأمر المنتظر الذى ضرب أجلاً ، كرجوع القافلة الأولى من الحجيج وقد قلمت فى يوم معين ، فيحل الأجل بروجوعها فى هذا اليوم .

وإنما يحل الأجل عادة بانقضاء الميعاد المضروب ، لأن الأجل أكثر ما يكون تاريخياً فى التقويم كما قلنا . فاذا حدد تاريخ معين - يوم أول يناير سنة ١٩٥٨ مثلاً - فان الأجل يحل فى هذا اليوم بالذات ، ولكن يحدث أن يحدد الأجل بوقت معين ينقضى من وقت وقوع أمر معين ، كعشرة أيام من وقت بيع القطن ، فلا يحسب اليوم الذى بيع فيه القطن ، وتعد عشرة أيام من بعده ، وعند انتهاء اليوم العاشر يحل الأجل .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٤ فى الهامش - وقارب المادة ٢٠ من تقنين المرافعات .

وقد يجعل الأجل أياماً أو أسابيع أو شهوراً أو سنين . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع المهيدي في صدد هذه المسألة ما نكتفي بنقله هنا : « وراعى أن أخص ما يعرض في هذا الشأن تعيين مبدأ سريان الأجل وموعد انقضائه . فلا يدخل في حساب الأجل اليوم الذى يقع فيه الأمر الذى يضاف إليه بدء سريانه . فاذا جعل الأجل مثلاً ثلاثة أيام بعد الوصول من رحلة ، فلا يدخل يوم الوصول في حساب هذا الأجل . ولتعيين موعد انقضاء الأجل يحسب اليوم من منتصف الليلة إلى منتصف الليلة التالية إذا كان الميعاد بالأيام . أما إذا كان الميعاد بالأسابيع أو بالشهور أو بالسنين ، فانه ينقضى في اليوم الذى يتفق في إسمه (الخميس مثلاً) أو في تاريخه (كأول يناير مثلاً) مع اليوم الذى بدأ فيه الميعاد ، بعد حساب عدد الأسابيع أو الشهور أو السنين . فاذا جعل الأجل مثلاً ثلاثة أسابيع تبدأ من الخميس الثانى من شهر مارس ، كان موعد انقضائه الخميس الأول من شهر أبريل . وإذا جعل ثلاثة أشهر تبدأ من ٢٠ فبراير ، كان موعد انقضائه ٢٠ مايو . وإذا جعل ثلاث سنوات تبدأ من ٢٨ فبراير سنة ١٩٣٩ ، كان موعد انقضائه ٢٨ فبراير سنة ١٩٤٢ . وإذا كان الأجل شهرين يبدأ من ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٣٩ ، انقضى في ٢٩ فبراير سنة ١٩٤٠ ، لأن اليوم المقابل لليوم الذى بدأ فيه سريان الميعاد لا نظير له في الشهر الأخير ، وعلى هذا النحو ينقضى الميعاد في آخر يوم من فبراير أى في اليوم التاسع والعشرين لوقوع هذا الشهر في سنة كبيسة . وإذا كان الأجل نصف شهر ، اعتبرت مدته خمسة عشر يوماً مهما كان عدد أيام الشهر . فاذا جعل الأجل نصف شهر يبدأ من منتصف ليل أول فبراير ، اعتبر منقضيًا في منتصف ليل ١٥ فبراير . وإذا جعل بدء سريان هذا الأجل منتصف ليل يوم ٢٠ مارس ، انقضى في منتصف ليل ٤ أبريل . وراعى في جميع الأحوال أنه إذا كان آخر يوم من أيام الأجل يوم عطلة ، أو يوماً لا يتيسر فيه تنفيذ الالتزام من جراء أمر يقتضيه القانون ، فلا ينقضى الميعاد إلا في اليوم التالى (١) . »

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٤ في الحامش — وقد غاض تقنين الموجبات والمقود البنائى في كل هذه التفصيلات، فأورد النصوص الآتية : م ١٠٢ — إن مهلة الأجل تبدأ من تاريخ العقد إذا لم يمين الفريقان أو القانون تاريخاً آخر . أما في الموجبات الناشئة من جرم —

٧١ - ملول الاجل بسقوط - نص قانوني : وقد يحل الاجل ، قبل انقضائه ، بالسقوط . وتنص المادة ٢٧٣ من التقنين المدني في هذا الصدد على ما يأتي :

« يسقط حق المدين في الاجل :

١ - إذا شهر لإفلاسه أو إعساره وفقاً لنصوص القانون » .

٢ - إذا أضعف بفعله إلى حد كبير ما أعطى الدائن من تأمين خاص ، ولو كان هذا التأمين قد أعطى بعقد لاحق أو بمقتضى القانون ، هذا ما لم يؤثر الدائن أن يطالب بتكملة التأمين . أما إذا كان إضعاف التأمين يرجع إلى سبب لادخل لإرادة المدين فيه ، فإن الاجل يسقط ما لم يقدم المدين للدائن ضماناً كافياً » .

٣ - إذا لم يقدم للدائن ما وعد في العقد بتقديمه من التأمينات (١) » .

= أو شبه جرم فنيته هلة الاجل من تاريخ الحكم الذى يعين التصويض الواجب عل المديون . م ١٠٣ - إن اليوم الذى يكون مبدأ مدة الاجل لا يحسب . وإن الاجل المحسوب بالأيام ينتهى بانتهاء آخر يوم من مدة الاجل . م ١٠٤ - وإذا كان محسوباً بالأسابيع أو بالأشهر أو بالأعوام ، فيكون الاستحقاق في اليوم المقابل يتسميته أو يترتيبه من الأسبوع أو الشهر أو العام لليوم الذى أبرم فيه العقد . م ١٠٥ - إذا كان الاستحقاق واقعاً في يوم عطلة قانونية ، أدرجى إلى اليوم التالى الذى لا عطلة فيه .

إنظر أيضاً المواد من ٨٧ إلى ٨٩ من تقنين الالتزامات السويسرى - وانظر بودرى وهارد ٢ فقرة ١٠٠٢ - فقرة ١٠٠٥ - بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٧١٢ .

عل أن محكمة الاستئناف المختلطة قضت ، في عهد تقنين المرافعات السابق ، بأن المادة ٢٠ من تقنين المرافعات التى تقضى بمد الميعاد إذا كان آخر يوم فيه يوم عطلة لا تطبق إلا في مواد الإجراءات التى وردت فيها ، فلا تطبق إذن على الاجل المنقح عليه في العقد (استئناف محتط ٢٧ فبراير سنة ١٨٨٩ م ١ ص ٤٦) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٣٩٦ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين الملقى الجديد فيما عدا بعض اختلاف لفظي طفيف . وفي لجنة المراجعة حور النص تحويراً لفظياً ، واستبدلت عبارة « ضماناً كافياً » الواردة في البند ٢ بعبارة « مايكل التأمين » . وسأل أحد الأعضاء من مدى ما تؤديه عبارة « إضعاف التأمين إلى كبير » : فأجيب « بأن مجرد الإضعاف لا يكتفى لسقوط الاجل ، وإنما يكون بحيث تقل التأمينات من قيمة الدين » . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٢٨٥ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب . =

ويقابل هذا النص في التقنين للمدفى السابق المادة ١٥٦/١٠٢ ، وتكاد الأحكام تكون واحدة في التقنينين (١) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدفى السوري المادة ٢٧٣ ، وفي التقنين المدفى الليبي المادة ٢٦٠ ، وفي التقنين المدفى العراقي المادتين ٢٩٥ - ٢٩٦ ، وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادتين ١١٣ - ١١٤ (٢) .

= وفي لجنة مجلس الشيوخ استبدلت عبارة « ما لم يقدم المدفئ ضماناً كافياً » الواردة في آخر البند ، بعبارة « ما لم يتوق المدفئ هذا السقوط بأن يقدم للدائن ضماناً كافياً » ، لأن الإشارة إلى توق السقوط تزيد من اليقينية أن المدفئ بتقديمه الضمان الكافي يتوق السقوط ، وأصبحت المادة رقمها ٢٧٣ . ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٩ - ص ٣٠ - وص ٣٢ - ص ٣٣) .

(١) التقنين المدفى السابق م ١٠٢ / ١٥٦ : إذا تعهد المدفئ بشئ لأجل معلوم وظهر إفلاسه أو فعل ما يوجب ضعف التأمينات التي كانت محلاً لوفاء التعهد ، فيستحق ذلك الشيء فوراً قبل حلول الأجل .

(ونص التقنين المدفئ الجديد أوفى من الوجوه الآتية : (١) أضاف شهر الإعصار إلى شهر الإفلاس ، وكان الإعصار في عهد التقنين المدفئ السابق سبباً لإسقاط الأجل ، ولكن لم يكن خاصاً بنظام الشهر القانوني الذي خضع له في التقنين الجديد ، فكان الأمر في هذا الشأن مضطرباً . (٢) أضاف التقنين المدفئ الجديد حالة ما إذا كان إضعاف التأمينات يرجع إلى سبب لا دخل لإرادة المدفئ فيه ، ورتب على هذا الإضعاف أن يختار المدفئ بين سقوط الأجل وتقديم ضمان كاف . وكان هذا الحكم معمولاً به في التقنين المدفئ السابق ، وورد فيه نص صريح في حالة الرهن (م ٥٦٢ / ٦٨٦) وتقابل في التقنين المدفئ الجديد المادة ١٠٤٨ . (٣) أضاف التقنين المدفئ الجديد حالة ما إذا لم يقدم المدفئ للدائن ما وعد في العقد بتقديمه من التأمينات ، وكان هذا الحكم معمولاً به في التقنين المدفئ السابق دون نص) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدفئ السوري م ٢٧٣ (مطابقة للمادة ٢٧٣ من التقنين المدفئ المصري) .

التقنين المدفئ الليبي م ٢٦٠ (مطابقة للمادة ٢٧٣ من التقنين المدفئ المصري ، فيما عدا أن

التقنين الليبي لم يذكر شهر الإعصار بين مسقطات الأجل لأنه لا يعرف نظام الإعصار) .

التقنين المدفئ العراقي م ٢٩٥ (مطابقة للمادة ٢٧٣ من التقنين المدفئ المصري ، فيما عدا أن

التقنين العراقي هو أيضاً لم يذكر شهر الإعصار من مسقطات الأجل ، ولكنه نص في مكان

الإعصار على حلول الديون الموجبة : أنظر الأستاذ حسن الفنون في أسكالم الالتزام في القانون

المدفئ العراقي فقرة ١٦١ ص ١٥٧) .

والمفروض هنا أن الأجل أجل واقف ، أما الأجل الفاسخ فله أسباب يسقط بها في أحوال معينة وردت فيها نصوص خاصة (١) .

ويتبين من النص المتقدم الذكر أن الأجل الواقف يسقط بأحد أسباب ثلاثة :

(١) شهر إفلاس المدين أو إعساره (٢) إضعاف التأمينات (٣) عدم تقديم التأمينات التي وعد بها المدين . يضاف إلى هذه الأسباب أسباب أخرى في حالات خاصة ، كالوفاة وتطهير المقار المرهون . ونستعرض كل هذه الأسباب فيما يلي :

٧٢ - سقوط أجل لشهر إفلاس المدين أو إعساره : كان الأجل يسقط ، في عهد التقنين المدني السابق ، بشهر إفلاس المدين . وكذلك كان يسقط بأعسار المدين إعساراً فعلياً (٣) ، لأن هذا التقنين لم يكن يعرف نظام الإعسار

— م ٢٩٦ : الدين المؤجل لا يحل بموت الدائن ، ويحل بموت المدين ، إلا إذا كان مضموناً بتأمينات معينة . (وقد التقنين المدني المصري لا يحل الدين بموت المدين إلا في حالة تصفية التركة ، وقد استمد التقنين المدني العراقي هذا الحكم من الفقه الإسلامي ومن تقنين الموجبات والمقود اللبناني) .

تقنين الموجبات والمقود اللبناني م ١١٣ : إن المدين الذي يستطيع من الأجل يسقط حقه في الاستفادة منه : (١) إذا أفلس أو أصبح غير ملء . (٢) إذا أقر فعلاً ينقص التأمينات الخاصة بالمطالبة للدائن بمقتضى عقد عند إنشاء الموجب أو عقد لاحق له أو بمقتضى القانون . أما إذا كان النقص في تلك التأمينات ناجماً عن سبب لم يكن المدين فيه مختاراً ، حق للدائن أن يطلب زيادة التأمين ، فإذا لم ينلها حق له أن يطلب تنفيذ الموجب حالاً . (٣) إذا لم يقدم المدين للدائن التأمينات التي وعد بها في المقد . (وهذه الأحكام مطابقة لما ورد في التقنين المدني المصري ، إلا أن التقنين اللبناني لا يعرف نظام الإعسار فاقصر على ذكر أن المدين أصبح غير ملء . وفي من البيان أن المدين إذا أضعف التأمينات بفعله ، جاز للدائن ، في التقنين اللبناني ، بدلا من سقوط الأجل ، أن يطالب بكلالة التأمينات كما هو الأمر في التقنين المصري) .

م ١١٤ : إن وفاة المدين تجعل كل ما عليه من الموجبات ذات الأجل مستحقة الإيفاء ، ما عدا الدين المضمون بتأمينات معينة . (وهذا النص يطابق في الحكم المادة ٢٩٦ من التقنين المدني العراقي السابقة الذكر) .

(١) أنظر فيما يلي فقرة ٧٨ في الهامش .

(٢) استئناف مخطوط ٢٤ يونيو سنة ١٨٧٦ المجموعة الرسمية المختلطة ١ ص ١٢٥ — =

القانوني (١) . لذلك كان سقوط الأجل أكثر ما يلاحظ في حالة شهر الإفلاس لأنها حالة نظمها القانون بإجراءات ظاهرة ، أما الإعسار الفعل فكان أمراً خفياً لا يظهر للناس ، فقل أن يكون سبباً في سقوط الأجل (٢) .

والآن بعد أن نظم التقنين المدني الجديد حالة الإعسار القانوني ووضع لها إجراءات ظاهرة ، أصبح من اليسر في هذا التقنين تطبيق الحكم القاضي باسقاط الأجل في حالة الإعسار كما يطبق الحكم القاضي باسقاط الأجل في حالة الافلاس (٣) .

= الزقاق ٣ ديسمبر سنة ١٩٠٧ المجموعة الرسمية ٩ ص ١١٨ — طلخا ١٠ ديسمبر سنة ١٩٢٤ الهامة ٥ رقم ٢/٢٢٣ ص ٢٥٦ — المنيا ٢٠ يناير سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية ٣١ رقم ٢٨ ص ٦١ — شين السكوم ٢٢ إبريل سنة ١٩٣١ الهامة ١١ رقم ٢/٥٤٩ ص ١٠٧٥ — أنظر عكس ذلك وأن الإعسار بخلاف الإفلاس لا يسقط الأجل في التقنين المدني السابق : مصر الكلية ١٤ مايو سنة ٣١ الهامة ١٢ رقم ١٧٩ ص ٣٤١ .

(١) جاء في الموجز المؤلف : « ويلحق بالإفلاس بالنسبة للتاجر الإعسار بالنسبة لتاجر التجار . وحتى يثبت الإعسار يجب أن يصدر به حكم قضائي ، ويكون الإعسار ثابتاً من وقت صدور الحكم أو قبل أبعد تقدير من وقت رفع الدعوى لإثبات الإعسار » (الموجز فقرة ٤٨٨ — وانظر أيضاً الأستاذ أحد حشمت أبوستيت فقرة ٦٧٤) — عل أن بعض الأحكام كانت تلعب خطأ إلى أنه يمكن أن يضمف المدين بخطأ الضمان العام للدائنين دون أن يصل إلى حد الإعسار ودون أن يكون في ذلك إضمار لتأمين خاص : استئناف مخطئ ٢٤ مايو سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٣٣٧ .

(٢) أنظر في سقوط الأجل بالإعسار الفعل في القانون الفرنسي وهو أيضاً لا ينظم الإعسار القانوني بودري وبارد فقرة ١٠١٢ — فقرة ١٠١٣ — بلاتول وريير وجابول ٧ فقرة ١٠١٤ — بلاتول وريير وبولانجي ٢ فقرة ١٥٠٨ — كولان وكابيتان ٢ فقرة ٦٦٤ — جوران ٢ فقرة ٧٣٢ — فقرة ٧٣٣ .

(٣) ويسقط الأجل حتى لو كان الدائن ضماناً يكتفل الدين ، كرهن رسمي . فلا تزال الدائن مصلحة في سقوط الأجل لاحتال ألا يكون الضمان كافياً للوفاء بحقه فيتمكن من مزاحمة سائر الدائنين بالباقي من هذا الحق (بودري وبارد ٢ فقرة ١٠٠٨ — بلاتول وريير وجابول ٧ فقرة ١٠١٣) . ويسقط الأجل كذلك حتى لو كان أجلاً غير معين ، فلو أن شخصاً أمن على حياته ثم أفلست شركة التأمين ، فإن أجل دفع مبلغ التأمين يحل بإفلاس الشركة . ولكن المؤمن على حياته يبقى ملتزماً بدفع أقساط التأمين إلى آخر حياته ، ولما كان لا يستولى إلا على جزء من مبلغ التأمين بسبب إفلاس الشركة ، فيجد أن مصلحته هي فسخ عقد التأمين حتى لا يعرض نفسه للخسارة (بودري وبارد ٢ فقرة ١٠٠٩) .

(م ٨ — الوسيط)

ويلاحظ أن المادة ٢٥٥ مدني تقضي ، عندما يحل الدين بشهر الإعسار ، ينحصر مقدار الفائدة الاتفاقية أو القانونية عن المدة التي سقطت بسقوط الأجل ، وتقضي كذلك بأنه « يجوز للقاضي أن يحكم ، بناء على طلب المدين وفي مواجهة ذوى الشأن من دائنيه ، بإبقاء الأجل أو مده بالنسبة إلى الديون المؤجلة ، كما يجوز له أن يمنع المدين أجلاً بالنسبة إلى الديون الحالية ، إذا رأى أن هذا الإجراء تبرره الظروف وأنه خير وسيلة تكفل مصالح المدين والدائنين جميعاً » . وقد تقدم بيان ذلك .

كذلك للمدين بعد إنهاء حالة الإعسار أن يطلب إعادة الديون التي كانت قد حلت بسبب شهر الإعسار ولم يتم الوفاء بها إلى أجلها السابق ، متى كان أدى جميع ما حل من أقساطها ، كما سبق القول عند الكلام في الإعسار (١) .

وغنى عن البيان أن مجرد الإعسار الفعلي ، في عهد التقنين المدني الجديد ، لا يمكن لإسقاط الأجل ، بل لا بد من أن يكون الإعسار إعساراً قانونياً قد شهر بموجب الإجراءات التي قررها القانون في هذا الصدد .

٧٣ - سقوط الأجل لأضعاف التأمينات : ويشترط في هذا

السبب من أسباب سقوط الأجل أن يكون للدين المؤجل تأمين خاص ، فلا يمكن أن يضعف المدين الضمان العام للدائنين وهو يتناول أمواله في حملتها (٢) ، بأن يتصرف في بعض من ماله (٣) ولو إلى حد الإعسار ، فإن علاج ذلك هو

(١) انظر المادة ٢٦٢ مدني والمذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣١ - وانظر الوسيط ٢ فقرة ٧٢١ .

(٢) استئناف مخطوط ٦ أبريل سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٣٥١ - الزقازيق ٢ ديسمبر سنة ١٩٠٧ المجموعة الرسمية ٩ ص ١١٨ - ومع ذلك انظر : استئناف مخطوط ٢٤ مايو سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٣٣٧ .

(٣) وتطبيقاً لهذا المبدأ لا يحل أجل الدين بالنسبة إلى سندات أصدرتها شركة السكك الحديدية إذا باعت هذه الشركة بعض خطوطها ، فأصبحت بذلك التأمين العام لحملة هذه السندات . وكذلك لا يحل أجل الدين المترتب في ذمة شركة تجارية ، ولم يستند الدائن فيه إلا على ملادة الشركاء ، إذا حلت هذه الشركة أو صفيت وبيعت عقاراتها ، وهذا على خلاف في الرأي ، فهناك رأى في فرنسا يذهب إلى حلول الدين إذا صفيت الشركة (انظر في هذه المسألة في القانون الفرنسي بودرى -

أن يطلب الدائن شهر إعصار المدين ، فإذا شهر الإعصار سقط الأجل ، ولكنه يسقط بسبب شهر الإعصار لا بسبب إضعاف التأمينات . ولا يجوز للدائن في هذه الحالة ، قبل شهر الإعصار ، أن يستعمل الدعوى البولصية مادام الأجل قائماً لم يسقط ، فقد قدمنا أن الدعوى البولصية تقتضى أن يكون الحق مستحق الأداء .

فلا بد إذن من أن يكون هناك للدين المؤجل تأمين خاص (١) ، كرهن أو امتياز . ولا يهم مصدر هذا التأمين ، فقد يكون نفس العقد الذى نشأ منه الدين المؤجل ، بأن يكون رهناً رسمياً أو رهن حيازة أخذه الدائن ضماناً لحقه فى العقد الذى أنشأ هذا الحق . وقد يكون مصدر الرهن عقداً لاحقاً لعقد الدين أو لمصدره أياً كان هذا المصدر ، بأن اتفق الدائن مع مدينه بعد ثبوت الدين فى ذمة المدين على رهن لضمان هذا الدين . وقد يكون مصدر التأمين التنازل القانون ، كحق امتياز يكون ضماناً للدين المؤجل (٢) ، كما إذا كان البايع

= وبارد ٢ فقرة ١٠١٥ ص ١٨٦ هامش رقم ١ - بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠١٥ ص ٣٥٣ هامش رقم ٢ - بلانيول وريبير ويولانيه ٢ فقرة ١٥٠٩ ص ٥٠٣ هامش رقم ١) . أما فى التقنين الذى انصرى فيبدو أن الدين المؤجل لا يحل بتصفية الشركة ، فقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٥٣٦ من هذا التقنين على أن « تقسم أموال الشركة بين الشركاء جميعاً ، وذلك بعد استيفاء الدائنين لحقوقهم ، وبعد استئصال المبالغ اللازمة لوفاء الديون التى لم تحل أو الديون المتنازع فيها ، وبعد رد المصروفات أو القروض التى يكون أحد الشركاء قد باشرها فى مصلحة الشركة » .

وإذا اقترض شخص مالا لأجل ، لتحويل مشروع معين ، ثم باع هذا المشروع وهو الضمان الوحيد للقرض ، فإن أجل القرض يحل ببيع المشروع (أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٣ ص ١٢٩ - ص ١٣٠ - بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠١٥ ص ٣٥٤) .

(١) استئناف مخطوط ٦ أبريل سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٥١ - ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٩٥ - دوق ١١ يولييه سنة ١٩٠٠ الحقوق ١٥ ص ٢٢٥ - أترقاريق ٢ ديسمبر سنة ١٩٠٧ المجموعة الرسمية ٩ ص ١١٨ - طلغا ١٠ ديسمبر سنة ١٩٢٤ المحاماة ٥ رقم ٢/٢٢٣ ص ٢٥٦ - المنشية ١٢ مارس سنة ١٩٣١ المحاماة ١١ رقم ١/٥٥٥ ص ١٠٨٥ - شين الكوم ٢٢ أبريل سنة ١٩٣١ المحاماة ١١ رقم ١/٥٤٩ ص ١٠٧٥ - مصر الكلية ١٤ مايو سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ١/١٧٩ ص ٣٤١ .

(٢) وذلك فيما عدا حقوق الامتياز العامة فهذه تشمل جميع أموال المدين ، فلا يستلخ أن يحرم المدين من التصرف فى جميع أمواله (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠١٥ الأستاذ اسميل غانم أحكام الالتزام فقرة ١٧٢ ص ٢٤٤) .

قد أجل الثمن وله امتياز على المبيع فأضعف المشتري هذا التأمين الخاص (١) . ولا يتصور أن يكون هذا التأمين الخاص هو حق اختصاص مصدره القضاء ، فان المفروض فيما نحن بصدده أن الدين مؤجل ، والدين المؤجل لا يمكن أن يضمه حق اختصاص ، إذ حق الاختصاص لا يؤخذ إلا بموجب حكم واجب التنفيذ ، وهذا يفترض حتماً أن الدين مستحق الأداء (٢) .

ثم لا بد من أن يكون هذا التأمين الخاص قد ضعف إلى حد كبير ، ومعنى ذلك أن يكون قد ضعف إلى حد أن أصبح أقل من قيمة الدين ، كما ذكر ذلك صراحة في لجنة المراجعة عند عرض المشروع التمهيدى للتقنين المدلى الجديده (٣) . إما أن يضعف ضعفاً يسيراً ، ويبقى بالرغم من ذلك كافياً لضمان الدين كفاية ملحوظة ، فذلك لا يبرر سقوط الأجل (٤) .

(١) ونشرت المادة ١١٨٨/٢ من التقنين الملى الفرنسي أن يكون التأمين الخاص مصدره العقد ، ومع ذلك يلزم بعض الفقهاء الفرنسيين إلى أن إضعاف تأمين خاص مصدره القانون كحق الامتياز يمكن لإسقاط الأجل (ديرانسون ١١ فقرة ١٢٥ — لارومبيير ٣ م ١١٨٨ فقرة ١١ — ديمولومب ٢٥ فقرة ٦٨٥ — أنظر عكس ذلك : لوران ١٧ فقرة ٢٠٢ — هيك ٧ فقرة ٢٨٨) . ويلزم فقهاء آخرون إلى التمييز بين حق امتياز يكون أساسه عقداً كرهن الحياة وحق امتياز البائع فيكون إضعافه سبباً لإسقاط الأجل ، وحق امتياز ليس أساسه العقد فلا يكون في إضعافه إسقاط للأجل (بودوى وبارد ٢ فقرة ١٠٠٦ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠١٥ ص ٣٥٤ — بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٧١٠ ص ٥١٩ — كولان وكايبان ٢ فقرة ٦٦٤ — جوسران ٢ فقرة ٧٣٤) .

(٢) ومن ذلك نرى أن ماورد في المذكرة الإيضاحية من المشروع التمهيدى (مجموعة الأعمال التشريعية ٣ ص ٣١) من أن التأمين الخاص يصح أن يكون حق اختصاص ليس بمسيح . تارن الأستاذ إسماعيل في أحكام الالتزام فقرة ١٧٢ ص ٢٤٤ .

(٣) مجموعة الأعمال التشريعية ٣ ص ٣٢ — وانظر آنفاً فقرة ٧١ في الهامش — فيند إضعافاً للتأمين أن يهدم المنزل المرهون (استئناف غنتلط ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٩٥ — الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٦٧٤ ص ٥٠٥) أو أن يباع المنزل المرهون ويعرض ثمنه للتوزيع (استئناف غنتلط ٩ فبراير سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ١٣٤) .

(٤) فلا يند إضعافاً للتأمين أن يرتب المدين حل العين المرهونة لضمان الدين المؤجل رهناً آخر ، حتى لو قيد الرهن الثاني قبل قيد الرهن الأول بإهمال الدائن ذي الدين المؤجل ، لأن إهماله لا فصل المدين هو الذى أضعف التأمينات ، ومن حق المدين أن يرهن العين المملوكة له مرة ثانية وثالثة الخ (بودوى وبارد ٢ فقرة ١٠٢٢) . ولكن إذا تواطأ المدين مع الدائن الرهنتين -

فاذا توافر هذان الشرطان — وجود تأمين خاص وإضعاف هذا التأمين إلى حد كبير — يبقى بعد ذلك أن نميز بين فرضين :

(١) فاما أن يكون هذا الإضعاف قد حدث بفعل المدين ، أى بخطأه . ولا يشترط أن يعتمد المدين إضعاف التأمين الخاص ، بل يكفي أن يكون قد قصر في المحافظة عليه حتى ضعف (١) . وفي هذه الحالة يسقط الأجل ، إلا إذا اختار الدائن أن يطالب المدين بتكاملة التأمين حتى يبلغ ما كان عليه قبل إضعاف المدين له . ولا يكفي الدائن هنا بالطالبة بتأمين كاف ، بل يطلب تكاملة التأمين الأصلي ، فقد كان هذا التأمين من حقه والمدين هو الذى أضعفه بخطأه . وهذا الخيار مروهون بارادة الدائن لبارادة المدين ، فاذا اختار الدائن تكاملة التأمين

— الثاني ليعجل هذا قيد رهنه قبل قيد الرهن الأول ، كان هذا إضعافاً للتأمينات بفعل المدين ، بل بفشه وتواطئه ، فيسقط الأجل .

ولا يمد إضعافاً للتأمين أن يبيع المدين العقار الموهون رهناً رسمياً لفنان الدين المؤجل ، سواء باع العقار كله أو باع جزءاً منه . ومع ذلك فقد يترتب على تجزئة العقار — في حالة البيع الجزئى — إضعاف فعل التأمين ، وهذه مسألة واقع يقدرها قاضى الموضوع ، فيترتب على هذا الإضعاف الفعل إسقاط الأجل . وقد يترتب على البيع — الكل أو الجزئى — أن يمد الحائز العقار إلى تطهير الرهن ، فلا يحصل الدائن المرتهن ذو الدين المؤجل على كل حقه ، فيكون التطهير سبباً فى إضعاف التأمين ، ويكون إضعاف التأمين سبباً فى إسقاط الأجل (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٢٣ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠١٥ ص ٣٥٥ — والتون ٢ ص ٣٧٠ — الموجز للمؤلف لفقرة ٤٨٨ ص ٤٩٧ هامش رقم ٢) .

ولا يمد إضعافاً للتأمين أن يزرع المدين الأرض الموهونة قطعاً مرة كل سنتين مخالفاً بذلك ما جرت به العادة من زرعها مرة كل ثلاث سنوات ، وبخاصة إذا كانت قيمة الأرض تغطى الدين إلى مدى بعيد (استئناف مخطوط ٢ يونيو سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٢٧٧) .

(١) ويعتبر المدين قد أضعف بخطأه التأمين الخاص إذا هو أدخل فى طريقة استغلال العقار الموهون تمديداً من شأنه أن ينقص كثيراً من قيمة العقار ، أو حدم المنزل الموهون إلا إذا كان الهدم يفرض إعادة البناء (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٢٤ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠١٥ ص ٣٥٥) . وإذا كان التأمين الخاص رهناً رسمياً على جزء شائع من عقار ، وفى أثناء القسمة رسماً مزاد العقار كله على الشريك الآخر غير المدين الراهن ، فإن الرهن فى هذه الحالة يزول ولكن لا يعتبر أنه قد زال بفعل المدين إلا إذا كان المدين هو الذى طلب القسمة ، أو كان عنده سبب جدى ، لمعارضتها ولم يتقدم به ، أو كان قد توأطأ مع شريكه ليصل إلى هذه النتيجة . أما إذا كان لم يفعل شيئاً من ذلك ، فإن زوال الرهن لا يكون بفعله ، بل يكون لسبب لا تدخل لإرادته فيه ، وتطبق الأحكام التى تنطبق مع هذه الحالة وستنكرها فيما يلى (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٢٦ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠١٥ ص ٣٥٦) .

وأكمله المدين بقي الأجل على حاله ولم يسقط ، أما إذا اخترت تكملة التأمين فان الأجل يسقط ويحل الدين (١) . ومن ثم يكون التزام المدين في هذه الحالة التزاماً تخييرياً ، الخيار فيه للدائن ، فان الدائن يكون بالخيار إما أن يطالب المدين بالدين فوراً لسقوط الأجل وإما أن يطالب بتكملة التأمين (٢) . ويلاحظ أن الدين الذي حل بسقوط الأجل في هذا الفرض لا ينتقص منه ما يقابل الأجل ، لأن سقوط الأجل هنا كان بسبب خطأ المدين (٣) .

(٢) وأما أن يكون إضعاف التأمين الخاص يرجع إلى سبب لادخل لإرادة المدين فيه . فهو لم يحدث بخطأ منه ، بل حدث بفعل أجنبي أو بقوة

(١) وتذهب الأغلبية في الفقه الفرنسي إلى أن سقوط الأجل لا يكون إلا بموجب حكم قضائي له أثر ملثني ، لا مجرد أثر كاشف ، فهو الذي يسقط الأجل ، ولا يسقط الأجل بحكم القانون (ديغولوب ٢٥ فقرة ٧٠١ - لوران ١٧ فقرة ٤١٥ - ماركاديه ٤ فقرة ٨٢٧ - أوبري ورد ٤ فقرة ٣٠٣ ص ١٢٧ - بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٣٠ - بلانويك وريير وجابويو ٧ فقرة ١٠١٥ ص ٣٥٦ - جوسران ٢ فقرة ٧٣٦) . عل أن هناك رأياً يذهب إلى أن الأجل يسقط بحكم القانون ، وعند النزاع يصدر حكم قضائي ليقرر سقوطه ، وهذا الحكم له أثر كاشف لا أثر ملثني (هيك ٦ فقرة ٢٨٩ - بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٧١٠ ص ٥١٩) . والظاهر من الرجوع إلى نص المادة ٢٧٣ مدني أن القانون يقتضي بسقوط الأجل ، فالأجل يسقط إذن بحكم القانون ، والحكم القضائي إنما يحسم النزاع في هذا الصدد ، فهو كاشف لا ملثني : (٢) أنظر المادة ٢٧٨ مدني وسيأتي تفصيلها . وانظر المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيلي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣١ . ويقول الأستاذ إسماعيل غانم : « ولا نرى الأخذ بهذا التفسير ، فإن إلزام المدين بالوفاء في الحال أو بتقديم تأمين لا يعني أن التزامه قد تمدد محله . فلا زال محل الالتزام واحداً ، ينحصر في الأداء الذي التزم به من أول الأمر . أما إلزامه بتقديم تأمين فهو التزام آخر تابع للالتزام الأول . ولين هناك تمدد في محل الالتزام الأول ، وإنما هما التزامان أحدهما تابع للآخر ، ولا ينشأ إلا بالشروط التي نصت عليها المادة ٢٧٣/٢ » (أحكام الالتزام فقرة ١٧٢ ص ٢٤٤ هاشم رقم ٣) . وفي رأينا أن القانون ، عند ما يسقط الأجل بإضعاف التأمينات فيحل الدين ، ينشئ في الوقت ذاته إلى جانب محل الالتزام الأصل محلاً آخر يمكن للدائن أن يختاره ، وهو تكملة التأمين الأصل .

(٣) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٣٣ — ومع ذلك إذا كان مبلغ الدين يتضمن رأس المال مضافاً إليه فوائد مدة الأجل ، وسقط الأجل بإضعاف المدين للتأمينات ، فإن الفوائد عن المدة التي سقطت من الأجل تخصم من مبلغ الدين ، حتى لا يجمع الدائن بين الانتفاع بالمدة التي سقطت من الأجل وبين الفوائد عن هلمه المدة نفسها (ديغولوب ٢٥ فقرة ٦٩٧ — لوران ١٧ فقرة ٢١١ — لاروسبيرو ٣ م ١١٨٨ فقرة ٢٧ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٣٤) .

قاهرة أو حادث فجائي . فعند ذلك يسقط الأجل أيضاً كجزء على ضعف التأمينات إلى هذا الحد الكبير الذى سبقت الإشارة إليه ، إلا أن المدين يستطيع أن يتوق سقوط الأجل بأن يقدم للدائن تأميناً كافياً لدينه يعوض عليه ما ضعف من التأمينات الأولى (١) . والالتزام هنا تخييرى أيضاً ، ولكن الخيار فيه للمدين لا للدائن على عكس الصورة السابقة (٢) . والسبب واضح ، فان ضعف التأمينات لم يكن بخطأ المدين ، فترك الأمر مرهوناً بإرادته ، فاما أن يسلم بسقوط الأجل وإما أن يختار تقديم تأمين كاف . والمطلوب من المدين هنا هو تقديم هذا التأمين الكافى ، وليس تكملة التأمين الأصيل كما فى الحالة السابقة . فقد يكون التأمين الأصيل تزيد قيمته كثيراً على الدين ، فلا يطلب من المدين أن يبلغه الحد الذى كان عليه ، بل يكفى أن يبلغه حداً يجعله تأميناً كافياً ولو لم يصل إلى حد التأمين الأصيل . وقد كان المشروع التمهيدى يقتضى أن يكمل المدين التأمين الأصيل ، ولكن لجنة المراجعة عدلت النص واكتفت بأن يقدم المدين « ضماناً كافياً » (٣) . ويلاحظ أن الدين الذى حل بسقوط الأجل ، فى هذه الحالة ، ينتقص منه ما يقابل الأجل ، لأن سقوط الأجل لم يكن بخطأ المدين (٤) .

(١) استئناف مخطوط ١٧ نوفمبر سنة ١٨٩٨ م ١١ ص ١٧ — ويمكن استخلاص هذا الحكم من المبادئ العامة دون حاجة إلى نص خاص ، وهذا ما يفعله الفقه الفرنسى ، دون أن يكون فى التقنين المدنى الفرنسى نص يقابل الجزء الأخير من الفقرة الثانية من المادة ٢٧٢ مدنى مصرى وهو الذى ينص على حالة ضعف التأمينات بسبب لا دخل لإرادة المدين فيه (ديجولومب ٢٥ فقرة ٦٩٠ — فقرة ٦٩٣ — أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٣ هامش رقم ١٣ — بودرى وهارد ٢ فقرة ١٠٢٥ — بلانيول وريبير وجابوله ٧ فقرة ١٠١٥ ص ٣٥٥) .
ويصدر حكم قضائى بسقوط الأجل فى هذه الحالة كما فى حالة إضعاف التأمينات بخطأ المدين ، ويكون هذا الحكم منشأ أو كاشفاً على الخلاف الذى سبق أن أوردناه .
(٢) قارن بلانيول وريبير وجابوله ٧ فقرة ١٠٥٢ — وقارن أيضاً المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٧ .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٢ — وأنظر أيضاً فقرة ٧١ فى الهامش .
(٤) أنظر أيضاً المادة ١٨٣ مدنى وقد سبق ذكرها — هذا وإذا كان إضعاف التأمينات بفعل الدائن نفسه ، كما إذا كان ذاتاً مرتباً رهن حيازة وأتلف المدين الموهوبة ، ففي عن البيان أن الأجل لا يسقط لأن الدائن هو المستول من إضعاف التأمينات ، بل ويجوز لمدين أن يرجع عليه بتعويض إذا كان له محل .

وقد طبق التفتين المدنى الجديد هذه الأحكام تطبيقاً تشريعياً فى حالة ما إذا كان التأمين الخاص رهنًا رسمياً أو رهنًا حيازياً . فى حالة الرهن الرسمى نصت المادة ١٠٤٨ مدنى (ونقابها المادة ٦٢٥/٦٨٦ من التفتين المدنى السابق وهى تشتمل على نفس الحكم) على ماأتى : ١ - إذا تسبب الراهن بخطأه فى هلاك العقار المرهون أو تلفه ، كان الدائن المرتهن مخيراً بين أن يقتضى تأميناً كافياً أو أن يستوفى حقه فوراً . فإذا كان الهلاك أو التلف قد نشأ عن سبب أجنبى ولم يقبل الدائن بقاء الدين بلا تأمين ، كان المدين مخيراً بين أن يقدم تأميناً كافياً أو أن يوفى الدين فوراً قبل حلول الأجل (١) . وفى الحالة الأخيرة إذا لم يكن للدين فوائد ، فلا يكون للدائن حق إلا فى استيفاء مبلغ يعادل قيمة الدين منقوصاً منها الفوائد بالسعر القانونى عن المدة ما بين تاريخ الوفاء وتاريخ حلول الدين . ٣ - وفى جميع الأحوال إذا وقعت أعمال من شأنها أن تعرض العقار المرهون للهلاك أو التلف أو تجعله غير كاف للضمان ، كان للدائن أن يطلب إلى القاضى وقف هذه الأعمال واتخاذ الوسائل التى تمنع وقوع الضرر . وفى حالة رهن الحيازة قضت الفقرة الثانية من المادة ١١٠٢ مدنى بأن تسرى على رهن الحيازة أحكام المادة ١٠٤٨ سالفة الذكر .

٧٤ - سقوط الأجل لعدم تقديم المدين للتأمين وهو به : وهنا

يسقط الأجل بخطأ المدين ، إذ يكون قد التزم للدائن بتقديم تأمين خاص لدينه ، ثم أخل بهذا الالتزام ولم يقدم التأمين الموعود به (٢) . فيسقط الأجل فى هذه الحالة

(١) ويلاحظ أن المشرع هنا لم يميز بين حالى إضعاف المدين للتأمينات وضعف التأمينات لسبب أجنبى من حيث التأمين الذى يجب تقديمه ، ففى الحالتين يقدم المدين تأميناً كافياً . وقد رأينا فى القاعدة العامة أن المدين فى الحالة الأولى يطالب بتكيلة التأمين الأصلى ولو كانت قيمة هذا التأمين أقل بكثير من الدين ، وفى الحالة الثانية لا يطالب إلا بتقديم تأمين كاف .

(٢) وفى التفتين المدنى السابق لم يكن يوجد نص فى هذه الحالة ، ولكن الحكم كان مطبقاً دون نص لاتفقه مع القواعد العامة (استئناف مخطوط ٣٠ نوفمبر سنة ١٩١١ م ٢٤ ص ٢٨ - مصر الكلية الوطنية ٢ نوفمبر سنة ١٩٠٩ المجموعة الرسمية ١١ ص ٢٢ - الموجز للمؤلف فقرة ٤٨٨ ص ٤٠٧ - الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٦٧٤ ص ٥٠٥) .

وفى التفتين المدنى الفرنسى لا يوجد نص صريح فى هذه الحالة ، ولكن الفقه والقضاء فى فرنسا يذهبان مع ذلك إلى أن عدم تقديم التأمين الخاص الموعود به يسقط الأجل ، قياساً على -

دون أن ينقص من الدين شيء في مقابلة سقوط الأجل ، لأن الأجل ، كما قلنا ، قد سقط بخطأ المدين . ويستطيع الدائن ، بعد سقوط الأجل وحلول الدين واستصدار حكم واجب التنفيذ به ، أن يحصل بموجب هذا الحكم على حق اختصاص على عقارات المدين ، يحل محل التأمين الخاص الذي كان المدين قد وعده به دون أن يفي بوعده .

ويلاحظ أن الدائن ذا الحق المؤجل ، حتى لو لم يكن له تأمين خاص أصابه ضعف ، وحتى لو لم يكن موعوداً بتأمين خاص لم يقدم ، له أن يطالب المدين بتأمين خاص إذا خشي إفلاسه أو إعساره واستند في ذلك إلى سبب معقول (م ٢/٢٧٤ مدني) . فإذا لم يقدم المدين التأمين الخاص الذي يوجبه القانون ، كان هذا سبباً في سقوط الأجل ، قياساً على حالة التأمين الموعود به والذي لم يقدم ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك (١) . فالالتزام بتقديم تأمين خاص قد يكون مصدره الاتفاق أو القانون ، ويكون مصدره القانون في الحالة التي نحن بصدددها . وأياً كان مصدره ، فإن الإخلال به يكون سبباً في سقوط الأجل (٢) .

= حالة إضفاء التأمين الخاص . ذلك أن من لم يقدم تأميناً خاصاً وعد به لا يكون فحسب قد أضعف التأمين ، بل هو قد أضاعه أصلاً ، فن باب أول يسقط الأجل (ديرانتون ١١ فقرة ١٢٣ — ماركاديه ٤ فقرة ٥٧٦ — أوبري ورو ٤ فقرة ٣٠٣ ص ١٢٩ — لارومبيير ٣ م ١١٨٨ فقرة ١٨ — ديمولوب ٢٥ فقرة ٦٧٧ — لوران ٢٧ فقرة ٢٠٤ — هيك ٧ فقرة ٢٨٨ — بودوي وبارد ٢ فقرة ١٠١٨ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠١٦ — بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٧١٠) . وإذا وعد المدين بتقديم تأمين معين — رهن مثلاً — فلا يستطيع بإرادته وحده أن يحل محله تأميناً آخر ولو كان كافياً أو مبادلاً ككفالة . وإذا وعد بتقديم شخص معين كفيلا فلا يستطيع كذلك أن يقدم شخصاً آخر ولو كان مليئاً مثله (ديمولوب ٢٥ فقرة ٦٧٨ — لارومبيير ٣ م ١١٨٨ فقرة ١٨ — بودوي وبارد ٢ فقرة ١٠١٩ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠١٦ — بلانيول وريبير وبولانجي ٢ فقرة ١٥١١ — جولان وكايتان ٢ فقرة ٦٦٤ ص ٤٥٤ — جوران ٢ فقرة ٧٣٥) .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٦٥ .

(٢) أنظر في أسباب سقوط الأجل الثلاثة السابقة الذكر ، شهر الإفلاس أو الإعسار وإضفاء التأمينات أو ضعفها وعدم تقديم التأمين الموعود به ، المذكرة الإيضاحية لمشروع 'تمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣١ — ص ٣٢ .

٧٥ - سقوط المؤجل لأسباب أخرى : قلنا أن موت المدين (١) قد يكون سبباً لسقوط الأجل . وقد ورد نص صريح في كل من التقنين المدني العراقي (٢٩٦م) وتنين الموجبات والعقود البنائي (١١٤م) يقضي بأن الدين محل بموت المدين إلا إذا كان مضموناً بتأمينات عينية . أما في التقنين المدني المصري فالأصل أن الدين لا محل بموت المدين ، بل يبقى الدين مؤجلاً في التركة . ومع ذلك إذا عين للتركة مصف (أنظر المادة ٨٧٦ مدني وما بعدها) فإنه يجوز للمحكمة ، بناء على طلب جميع الورثة ، أن تحكم بحلول الدين المؤجل وتعيين المبلغ الذي يستحقه الدائن ، مراعية في ذلك إعلان الدائن بسقوط الأجل - بشرط أن يكون قد انقضى منه ستة أشهر على الأقل - وأداء القوائد المستحقة عن ستة الأشهر التالية للإعلان، هذا إذا كان في الأجل مصلحة للدائن (٨٩٤م و ٥٤٤م مدني) . أما إذا لم تجمع الورثة على طلب حلول الدين المؤجل ، فإن الدين يبقى مؤجلاً على حاله ، وتتولى المحكمة توزيع الديون المؤجلة وتوزيع أموال التركة على الورثة ، بحيث يختص كل وارث من حصة ديون التركة ومن حصة أموالها بما يكون في نتيجته معادلاً لصافي حصته في الإرث (٢) .

ويسقط الأجل أيضاً بموجب نصوص قانونية في حالات خاصة ، كما في التطهير (أنظر المادة ١٠٦٤ مدني وما بعدها) .

وسنرى أنه إذا كان الأجل قضائياً - نظرة الميسرة - فإنه يسقط لأسباب أخرى فوق التي قدمناها ، فيسقط بالمقاصة القانونية ، ويسقط كذلك باقتدار المدين على الوفاء بدينه ، ويسقط أخيراً إذا نفذ أحد الدائنين الآخرين بحقه على أموال المدين . وسيتأتى بيان ذلك عند الكلام في نظرة الميسرة (٣) .

(١) أما موت الدائن فلا يكون سبباً لحلول الدين ، بل يبقى المدين ملتزماً نحو ورثة دائته ، وينتقل الدين إلى هؤلاء بالميراث مؤجلاً كما كان في حياة الدائن المورث .

(٢) أنظر المادة ٨٩٥ فقرة أولى مدني . وتضيف الفقرة الثانية من هذه المادة ما يأتي : « وترتب المحكمة لكل دائن من دائني التركة تأميناً كافياً على عقار أو منقول ، على أن تحفظ لمن كان له تأمين خاص بنفس هذا التأمين . فإن استحال تحقيق ذلك ، ولو بإضافة ضمان تكميل يقدمه الورثة من مالم الخاص أو بالاتفاق على أية تسوية أخرى ، رتبت المحكمة التأمين على أموال التركة جميعها » .

(٣) هذا ويجوز للدائن أن ينزل عن حقه في التمسك بسقوط الأجل، ويعتبر نزولاً ضمناً أن-

وهناك حالة هي عكس الحالة التي يسقط فيها الأجل ، إذ فيها يحل الأجل فعلاً ولكن لا يعتبر مع ذلك أنه قد حل لأن حلوله إنما حدث بطريق النفس من الدائن (١). ويقع ذلك في التأمين على الحياة إذا انتحر الشخص المؤمن على حياته ، فإن الدائن في هذه الحالة يتعجل حلول الأجل بانتحاره عمداً ، فلا يعتبر الأجل قد حل ، وتبرأ ذمة المؤمن من التزامه بدفع مبلغ التأمين. وقد ورد في هذا الحكم نص صريح في التقنين المدني ، فنصت الفقرة الأولى من المادة ٧٥٦ على أن تبرأ ذمة المؤمن من التزامه بدفع مبلغ التأمين إذا انتحر الشخص المؤمن على حياته . كذلك إذا كان الدائن بمبلغ التأمين هو شخص غير المؤمن على حياته ، فإنه لا يستحق مبلغ التأمين إذا تسبب عمداً في موت المؤمن على حياته ، لأنه يكون قد تعجل غشاً حلول الأجل ، فيعتبر الأجل غير حال بالرغم من حلوله فعلاً . ويستوى في ذلك أن يكون التأمين على حياة شخص غير المؤمن له أو يكون لصالح شخص غير المؤمن له . وتنص المادة ٧٥٧ مدني في هذا الصدد على ما يأتي : ١ - إذا كان التأمين على حياة شخص غير المؤمن له ، برئت ذمة المؤمن من التزاماته متى تسبب المؤمن له عمداً في وفاة ذلك الشخص ، أو وقعت الوفاة بناء على تخريض منه . ٢ - وإذا كان التأمين على الحياة لصالح شخص غير المؤمن له ، فلا يستفيد هذا الشخص من التأمين إذا تسبب عمداً في وفاة الشخص المؤمن على حياته ، أو وقعت الوفاة بناء

« يكون سبب ضعف التأمينات متوقفاً قبل حصوله . فالدائن الذي يرتب نصيباً شاملاً ، ويوقع تبهماً للظروف والملازمات طلب القسمة من أحد الشركاء غير المدين وما ينطوي عليه هذا الطلب من احتمال زوال الرهن ، يكون قد زل نزولاً فسخياً عن نسقه في التملك بقوط الأجل إذا تحقق هذا الاحتمال (بلانيول وريبير وجابوله ٧ فقرة ١٠١٣ ص ٣٥٠ وفقرة ١٠١٥ ص ٣٥٦ - استئناف محتلط ٧ نوفمبر سنة ١٩٢٧ م ٤٢ ص ٢٥) .

وانظر في أن سقوط الأجل بالنسبة إلى المدين الأجل لا يرتب عليه سقوطه بالنسبة إلى مدين متضامن ولا إلى كفيل شخصي ولو كان متضامناً ولا إلى كفيل حق ، ولكن يسقط للأجل بالنسبة إلى حائز العقار المرهون : بودرى وهارد ٢ فقرة ١٠١٣ وفقرة ١٠١٧ وفقرة ١٠٣٩ - فقرة ١٠٤٠ - طلفا ١٥ ديسمبر سنة ١٩٢٤ المجامعة ٥ رقم ٢٢٣ ص ٢٥٦ .

(١) ويقابل ذلك اعتبار الشرط قد تخلف إذا عمل الدائن على تحقيقه غشاً . ولكن يلاحظ أن الأجل يعتبر أنه قد تخلف على سبيل التجوز ، فإن للأصل في الأجل أن يكون محقق الوقوع ، فاعتباره متخلفاً في حالة خاصة لا يبرره إلا غش الدائن .

على تخيير من منه . فإذا كان ما وقع من هذا الشخص مجرد شروع في إحداث الوفاة ، كان للمؤمن له الحق في أن يستبدل بالمستفيد شخصاً آخر ولو كان المستفيد قد قبل ما اشترط لمصلحته من تأمين .

٧٦ - مآل الأجل بالنزول عنه ممن له مصلحة فيه : وقد يحل الأجل

قبل انقضاءه ، لا يسقطه في الأحوال التي تقدم ذكرها ، بل بالنزول عنه من له مصلحة فيه ، المدين أو الدائن .

لذلك ينبغي ، لمعرفة ما إذا كان النزول عن الأجل صحيحاً ، أن نتبين من له مصلحة فيه من الطرفين ، هل هو المدين أو هو الدائن ، وأيهما كانت له المصلحة يجوز له النزول عن الأجل لأنه إنما ينزل عن مصلحة له (١) .

وقد كان المشرع التمهيدى يشتمل على نص في هذه المسألة هو نص المادة ٣٩٧ ، وكانت تجري على الوجه الآتي : ١ - يفترض في الأجل أنه ضرب لمصلحة المدين ، إلا إذا تبين من العقد أو من نص في القانون أو من الظروف أنه ضرب لمصلحة الدائن أو لمصلحة الطرفين معاً . ٢ - إذا تمحض الأجل لمصلحة أحد الطرفين ، جاز لهذا الطرف أن يتنازل عنه بإرادته المنفردة (٢) . وقد حذفت

(١) استئناف مخطئ ٢٤ ديسمبر سنة ١٨٩٠ م ص ٩٠ — ٢ مايو سنة ١٨٩٥ م ص ٢٤٥ — ٢٣ يناير سنة ١٩٣٠ م ص ٤٢ (جواز التمسك بالمقاصة بين دين مؤجل سقط الأجل بالنزول عنه ودين حال) .

أما الأجل الفاسخ فالأصل فيه أنه لمصلحة الدائن ، ولذلك يجوز له وحده أن ينزل عنه بإرادته المنفردة . حل أن الأجل الفاسخ قد يكون لمصلحة الطرفين كما في الإيجار (إذا سلمنا بالأجل الفاسخ في العقود الزمنية) ، فلا يجوز النزول عنه أو عن بعضه إلا باتفاق الطرفين . وقد يكون العقد غير لازم — كالوكالة — فيجوز للموكل أن ينزل الوكيل قبل انتهاء الأجل ، كما يجوز للوكيل أن ينزل من الوكالة قبل انتهاء الأجل كذلك ، حل أن الوكالة إذا كانت بأجر فإن الموكل يكون ملزماً بتعويض الوكيل عن الضرر الذي لحقه من جراء عزله في وقت غير مناسب أو بغير علم مقبول ، وإذا كانت الوكالة صادرة لصالح الوكيل أو لصالح أجنبي فلا يجوز للموكل أن ينهى الوكالة أو يقيدها دون رضا من صدرت الوكالة لصالحه (الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٧١ ص ٢٤٠ — ص ٢٤١) .

(٢) ويتقابل هذا النص المادة ١٠١ / ١٥٥ من التفتين المفق السابق ، وكانت تجري على الوجه الآتي : « إذا كان التعهد أجل ، جاز للتعهد الوفاء قبل حلوله إلا إذا كان العقد منع —

هذه المادة في لجنة المراجعة : « لأن حكمها مستفاد من تطبيق المبادئ العامة » (١) ، من أجل ذلك يكون هذا الحكم واجب التطبيق بالرغم من حذف النص . وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى شرح واف لهذا الحكم يقتصر على إيرادها فيما يلي : « قد يضرب الأجل لمصلحة المدين وحده ، كما هو الشأن في عارية الاستهلاك بغير فائدة وعارية الاستعمال ، أو لمصلحة الدائن وحده ، كما هي الحال في الوديعة (٢) . أو لمصلحة الدائن والمدين معاً ، كما يقع ذلك في القرض بفائدة . ويفترض عند الشك أن الأجل مضروب لمصلحة المدين وحده (٣) . ومع ذلك فقد يستفاد من العقد كما يقع ذلك في القرض

= ذلك » . وبالرغم من غرض هذا النص ، فإنه كان يفسر بالمعنى الواضح الذى أتى به التفتين المدنى الجديد .

ويقابل النص في التفتين المدنى العراق المادة ٢٩٤ وهي مطابقة لنص التفتين المدنى المصرى . ويقابل في تفتين الموجبات والمقود البتاتى النصوص الآتية : م ١٠٩ إن الأجل الموزل موضوع لمصلحة المدين ، إلا إذا استنتج العكس من الأحوال أو من نص العقد أو ما يحته أو القانون .

م ١١٠ - إذا كان الأجل موضوعاً لمصلحة الدائن أو لمصلحة الفريقين المشتركة ، فهو يمنح المدينون من التنفيذ الاختيارى للموجب .

م ١١٢ - إن الفريق الذى يستفيد وحده من الأجل يمكنه أن يتنازل عنه بمجرد مشيئته . م ١/٣٠٣ - لا يجوز إجبار الدائن على قبول الإيفاء قبل الأجل ، إلا إذا كان موضوعاً لمصلحة المدين وحده .

(وهذه الأحكام تتفق مع أحكام التفتين المدنى المصرى) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٠ فى الهامش .

(٢) ومع ذلك فإن المادة ٧٢٢ مدنى تنص على أنه « يجب على المودع عند أن يسلم الشيء إلى المودع بمجرد طلبه إلا إذا ظهر من العقد أن الأجل عين لمصلحة المودع عند . والمودع عند أن يلزم المودع أن يسلم الشيء في أى وقت إلا إذا ظهر من العقد أن الأجل عين لمصلحة المودع » (أنظر الأستاذ إسمايل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١٧١ ص ٢٤٢ هامش رقم ٢ - وانظر فى القانون المدنى العراق الأستاذ حسن الذنون فى أحكام الالتزام فى القانون المدنى العراق فقرة ١٥٢) .

(٣) حتى لو كان الدين تجارياً ، وإن كانت الديون التجارية يستخلص فيها بسهولة أن الأجل لمصلحة الطرفين معاً (يودى وبارد ٢ فقرة ٩٨٢ - فقرة ٩٨٣ - يلايول وريبير وجابول ٧ فقرة ١٠٠٣ - وانظر عكس ذلك وأن الأجل فى الديون التجارية مفروض فيه أنه لمصلحة الطرفين معاً : توليه ٦ فقرة ٦٧٩ - لارومبيير ٣ م ١١٨٧ فقرة ٤) . وقد نعت

بفائدة (١)، أو من نص القانون كما هو الشأن في حق الانتفاع والإيراد المرتب على الحياة ، أو من الظروف كما هي الحال في ودائع المصارف ، إن الأجل قد ضرب لمصلحة الدائن أو لمصلحة الدائن والمدين معاً . فإذا كان الأجل مضروباً لمصلحة الدائن والمدين معاً ، فلا يجوز لأحدهما أن يفرد بالتنازل عنه ، بل يشترط لذلك تراخيصهما . أما إذا كان الأجل على نقيض ذلك مضروباً لمصلحة أحد الطرفين ، فلمن شرط الأجل لمصلحته ، دائناً كان أو مديناً ، أن ينزل عنه بإرادته المنفردة . وتقريباً على هذه القواعد لا تجوز الإقالة من الإجارة (وهي لمصلحة الطرفين) قبل انتهاء الأجل إلا بتراضي المؤجر والمستأجر ، ويجوز للمستعير في عارية الاستعمال (وهي لمصلحة المستعير وحده) أن يرد الشيء قبل الأجل المحدد ، ويجوز للمودع (والوديعة لمصلحته وحده) أن يطالب برد ما استودع قبل انقضاء أجل الإيداع (٢).

— المادة ١٤٥ من القانون التجاري على أنه ولا يجوز حامل كبيالة على استلام قيمتها قبل الاستحقاق .
والنظر نفس القواعد ، في السندات تحت الإذن والسندات لحاملها ، في المادة ١٨٩ من القانون التجاري وهي تنهمل على القواعد المطبقة في الكبيالات . ففى الكبيالات والسندات ، دون غيرها من المسائل التجارية ، يفرض القانون أن الأجل مشروط لمصلحة الطرفين .
وإذا أصدرت شركة أو شخص محتوى عام (النولة أو إحدى البلديات مثلاً) سندات وذكرت أنها تسهك بطريق القرض في مواعيد معينة ، لم يستطع من أصدر هذه السندات أن يستهلكها قبل المواعيد المحددة وبطريقة القرض معينة إلا إذا كان الأجل لمصلحته وحده لا لمصلحة الطرفين ، ومصرفاً ما إذا كان الأجل في هذه الحالة لمصلحة المدين وحده أو لمصلحة الطرفين مسألة واقع يستخلصها قاضي الموضوع من الظروف دون رقابة عليه من محكمة النقض (أنظر في هذه المسألة بودرى وبارد ٢ فقرة ٩٨٤ — بلانيول وريبير وجابولك ٧ فقرة ١٠٠٢ ص ٣٤١ — بيدان ولاجار ٨ فقرة ٣٠٣ ص ٥١٣ هامش رقم ١ — بلانيول وريبير وبزولنج ٢ فقرة ١٤٩٩ — چوسران ٢ فقرة ٧٢ ص ٣٩٧) .

(١) قارن بودرى وبارد ٢ فقرة ٩٧٤ ص ١٥١ هامش رقم ٢ — وقد يكون القرض بفائدة بين شخصين تربطها علاقة وثيقة وأراد المقرض تقديم خدمة للمقرض ، عند ذلك يستطيع قاضي الموضوع أن يستخلص أن الأجل ، وإن كان القرض بفائدة ، لمصلحة المدين وحده ، فيستطيع هذا أن ينزل عنه . كذلك ليس كل دين بفائدة يكون الأجل فيه حتماً لمصلحة الطرفين ، فالمشتري يشترط مؤجل وبفائدة قد يكون الأجل لمصلحته وحده ، فله في هذه الحالة أن ينزل عن الأجل وأن يجعل الثمن فلا يدفع الفائدة عن المدة الباقية من الأجل (بودرى وبارد ٢ فقرة ٩٨١ والهامش رقم ٢) .

(٢) مجموعة الأعمال التمهيدية ٣ ص ٣٠ هامش رقم ١ .

على أن التقنين المدني — استثناء من الأحكام المتقدم ذكرها — وضع قاعدة
في القرض بفائدة أجاز فيها للمدين ، دون رضا الدائن ، أن ينزل عن الأجل
بشروط معينة ، مع أن الأجل مقرر لمصلحة كل من المدين والدائن ، فكان
الواجب ألا يجوز للمدين وحده أن ينزل عنه بغير رضا الدائن ، وذلك إمعاناً
من المشرع في كراهية الربا . وقد وضع القانون لحق المدين في النزول عن الأجل
دون رضا الدائن شروطاً فيها بعض التعويض على الدائن : (١) أن يكون قد
انقضى على القرض ستة أشهر على الأقل يتقاضى فيها الدائن الفوائد المستحقة .
(٢) أن يعلن المدين الدائن برغبته في إسقاط الأجل ورد ما اقترضه . (٣) أن يتم
الرد فعلاً في أجل لا يتجاوز ستة أشهر من تاريخ هذا الإعلان . (٤) أن يؤدي
الدائن للمدين فوائد ستة الأشهر التالية للإعلان (١) . وهذا ماتنص عليه المادة
٥٤٤ مدني في هذا الصدد : « إذا اتفق على الفوائد ، كان للمدين ، إذا انقضت
ستة أشهر على القرض ، أن يعلن برغبته في إلغاء العقد ورد ما اقترضه ، على أن يتم
الرد في أجل لا يتجاوز ستة أشهر من تاريخ هذا الإعلان ، وفي هذه الحالة يلزم
المدين بأداء الفوائد المستحقة عن ستة الأشهر التالية للإعلان . ولا يجوز بوجه
من الوجوه إلزامه بأن يؤدي فائدة أو مقابل من أى نوع بسبب تعجيل الوفاء ،
ولا يجوز الاتفاق على إسقاط حق المقرض في الرد أو الحد منه » (٢) .

(١) وفي فرنسا صدر تشريع استثنائي (قانون ١٦ يولييه سنة ١٩٣٥ وأكل بمرسوم بقانون
في ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٣٥) لا يطبق إلا على الديون المدنية والتجارية السابقة على نفاذه ،
ويقتضى يجوز تعجيل دفع الدين قبل الأجل ولو كان ينتج فوائد ، دون حاجة إلى رضا الدائن .
واشترط هذا التشريع شروطاً تتعلق بوجود إخطار الدائن بالدفع المسجل وانقضاء أربعة أسابيع
على الأقل بعد الإخطار إلا إذا كان العقد الأصل ينص على مدة أطول ، ويجوز أن يكون الوفاء
للمسجل جزئياً بشرط ألا يقل عن ربع الدين . وقد قصد التشريع أن ييسر السبل لمن استدان
بفائدة مرتفعة — أثناء أزمة اقتصادية — أن يفي بالدين قبل حلول أجله ، ولو عن طريق
اقتراض ما في به الدين بفائدة أقل (أنظر بلاتويل وريبير وجابوليه ٧ فقرة ١٠٠٧ مكررة —
بلاتويل وريبير وبولانجييه ٢ فقرة ١٠٥١ — فقرة ١٠٥٣ — كولان وكابيتان ٢
فقرة ٦٦٥) .

(٣) أنظر في هذا المعنى المادة ٥١٢ من التقنين المدني السوري (وهي مطابقة) والمادة ٥٤٣
من التقنين المدني الليبي (وهي مطابقة) والمادة ٧٦٢ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني
ونصها ما يأتي : لا يجوز إجبار المقرض على رد ما يجب عليه قبل حلول الأجل المين بمقتضى =

٢٥ - ما يترتب من الأثر على حلول الأجل

٧٧ - الاجل المواقف : إذا حل الأجل المواقف ، بانقضائه أو بسقوطه أو بالنزول عنه على النحو الذى بيناه ، أصبح الحق نافذاً ، ووجب على المدين القيام بتنفيذه بعد أن يعلنه الدائن (١) ، لأن حلول الأجل وحده لا يكتفى

— العقد أو العرف ، وإنما يجوز له أن يرد قبل الأجل ما لم يكن هذا الرد مضرًا بمصلحة المقترض .

هذا ويلاحظ أن الأجل إذا كان لمصلحة المدين ، وكان المدين مسمراً إصراً فعلياً (وإلا فإن الإصرار للقانون يقطع الأجل) ، لم يجوز له أن ينزل عن الأجل ، وإذا وفى الدائن قبل حلول الأجل فإن هذا الوفاء لا يسرى فى حق باقى الدائنين . وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٢٤٢ صراحة على هذا الحكم فقالت : « وإذا وفى المدين المصمر أحد دائنيه قبل انقضاء الأجل الذى عين أصلاً الوفاء ، فلا يسرى هذا الوفاء فى حق باقى الدائنين » .

(١) استئناف مخطط ٦ يونيه سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٣٦٢ — ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٠٢ م ٥ ص ١١ — الاسكندرية الوطنية ١٦ مايو سنة ١٩٢٥ المجموعة الرسمية ٢٧ رقم ٢٩ ص ٤٦ — مصر الوطنية ٦ فبراير سنة ١٩٢٩ المجموعة الرسمية ٣٠ رقم ٥٨ ص ١٣٨ — وذلك ما لم يشترط حلول الأجل بمجرد انقضائه دون حاجة إلى إعلانه (استئناف مخطط ٢٠ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٥٠) .

ولا يمكن إعلان المدين لحلول الأجل إذا كان وقت الأمداد قد حوّل الدائن حقه إلى آخر ، فلم يعرف المدين على وجه التحقيق من هو الدائن الذى يجب الوفاء له (استئناف مخطط ٢١ يونيه سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٥١٩) .

وإذا اشترط الدائن أنه عند حلول أجل قسط من الدين دون أن يدفع تحمل باقى الأقساط دون حاجة إلى إعلان ، حمل هذا الشرط وحلّت باقى الأقساط بمجرد تأخر المدين عن دفع قسط فى ميعاده ، ولا يمنع من ذلك أن تضاعف عبارة « على حسب اختيار الدائن » ، فإن هذه العبارة لا تمنى إلا أن الدائن له أن ينزل عن التمسك بهذا الشرط وله أن يتمسك به (استئناف مخطط ١٦ يونيه سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٤٠١ — ٦ نوفمبر سنة ١٩٢٣ جازيت ١٥ رقم ٢٠٢ ص ١٢٤ — ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٣٢ م ٤٥ ص ٩٣ — المحلة ٤ ديسمبر سنة ١٩٠١ المجموعة الرسمية ٥ ص ١٩٥) . ولكن ليس الدائن أن يتمسك بتأخر المدين فى دفع قسط مدة قليلة ، إذا ثبت أن المدين دفع الأقساط السابقة فى موااعيها ، وأن الدائن كان يتساهل فى استيفاء بعض هذه الأقساط متأخرة مدة قليلة (استئناف مخطط ٢٦ مارس سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ١٥١) . كذلك إذا بدأ تساهل من الدائن ، فتعود المدين أن يؤخر دفع القسط دون أن يطالبه الدائن بدفع باقى الأقساط ، فليس للدائن أن يباغت المدين بمطالبته بدفع باقى الأقساط إذا جرى المدين على عادته فى التأخر عن دفع قسط منها (استئناف أهل ١٧ أبريل سنة ١٩١٢ —

لأعدار المدين كما سبق القول (١) .

ويرتب على أن حق الدائن يصبح نافذاً بحلول الأجل عكس النتائج التي رتبناها على عدم نفاذ الحق قبل حلول الأجل . فيجوز للدائن أن يجبر المدين على أداء الدين ، ويقبل من المدين الوفاء الاختياري فلا يسترد مادفعه لأنه دفع ديناً مستحق الأداء ، وتقع المقاصة القانونية بينه وبين دين آخر مقابل له مستحق الأداء ، ويجوز للدائن أن يحجز بموجبه تحت يد مدين المدين كما يجوز له توقيع الحجز التحفظية الأخرى ، وله أن يستعمل الدعوى البولصية ، ويسرى في حق الدين الذي حل أجله التقادم المسقط ، وللدائن أن يجبس به ديناً في ذمته للمدين (٢) .

— المجموعة الرسمية ١٣ ص ٢٣٩ — كفر الشيخ ٢٨ مايو سنة ١٩٢٨ المجموعة الرسمية ٢٠ ص ١١ — استئناف مخطوط ٣ أبريل سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٠٢ . بل يجب في هذه الحالة قبل أن يعتبر الدائن أن بقتة الأقساط قد حلت أن يعلم المدين أنه مستمر العودة إلى التمسك بشرطه بكل دقة فلا يسمح للمدين بأى تأخر في مواعيد دفع الأقساط (استئناف مخطوط ٢٨ مايو سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٢١١) . وفي حالة زول الدائن عن بعض الدين إذا دفع المدين الأقساط الباقية في مواعيدها ، المدين هو المكلف بإثبات أنه قام بالشرط حتى ينفذ تنازل الدائن ، وليس على الدائن أن يعلم المدين (استئناف مخطوط ١٠ فبراير سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ٥٩) .

(١) الوسيط جزء ثان فقرة ٤٦٤ .

(٢) وإذا حل الأجل فليس للدائن ملزماً أن يطالب المدين بالدين فوراً ، بل يستطيع أن يقرض فيطالب المدين في أى وقت يختاره ، مع مراعاة أن التقادم يسرى في حق الدين من وقت حلول الأجل ، فإذا تمت مدة التقادم لم يعد الدائن يستطيع المطالبة بالدين . وإذا كان للدين كفيل وحل أجل الدين ولم يطالب به الدائن فوراً ، فليس للكفيل أن يتصرف من ذلك ، لكن له أن ينذر الدائن باتخاذ الإجراءات ضد المدين خلال ستة أشهر من هذا الإنذار ، وإلا برئت ذمة الكفيل ما لم يقدم المدين له ضماناً كافياً . وقد نصت المادة ٧٨٥ مدني على هذه الأحكام صراحة فقالت : « ١- لا تبرأ ذمة الكفيل بمجرد أن الدائن تأخر في اتخاذ الإجراءات أو بمجرد أنه لم يتخذها . ٢- على أن ذمة الكفيل تبرأ إذا لم يتم الدائن باتخاذ الإجراءات ضد المدين خلال ستة أشهر من إنذار الكفيل للدائن ، ما لم يقدم المدين للكفيل ضماناً كافياً » . أنظر في الفقه الفرنسي : ديمولومب ٢٥ فقرة ٦٥٠ — لوران ١٧ فقرة ١٩٣ — أوبري ورو ٤ فقرة ٣٠٢ — بودرى وبارد ٣ فقرة ١٠٠٠ — ويلاحظ أن المادة ٢٠٣٩ من القانون المدني الفرنسي تقضى بأن الدائن أن يتفق مع المدين على مد أجل الدين دون أن تبرأ ذمة الكفيل بذلك ، ولكن يجوز للكفيل في هذه الحالة أن يقاضى المدين لإجباره على الوفاء .

(٣ م — الوسيط)

وليس لحلول الأجل الواقف أثر رجعي كما هو الأمر في تحقق الشرط الواقف . فلا يعتبر الحق نافذاً من وقت الاتفاق ، بل من وقت حلول الأجل . وهذا مستفاد من أن الأجل أمر محقق الوقوع ، ويتفق في الوقت ذاته مع نية الطرفين (١) .

٧٨ - الأجل الفاسخ : وهنا أيضاً نتجوز فتعتبر أن العقود الزمنية مقترنة بأجل فاسخ . فإذا حل الأجل ، بانقضائه أو بسقوطه (٢) أو بالزول عنه ، فإن الحق ينقضى من تلقاء نفسه بحلول الأجل دون حاجة إلى حكم يصدر بذلك (٣) . ويجوز للطرفين مد الأجل غير مرة ، ولكن المدة يكون باتفاق جديد (٤) .

ويترب على أن الحق يزول بحلول الأجل أن جميع التصرفات التي أجراها صاحب الحق تزول بزواله ، فالإيجار من الباطن والتنازل عن الإيجار مثلاً يزولان بزوال الإيجار الأصلي . وبزول الحق بحلول الأجل حتى لو كان قد انتقل من الدائن إلى خلف عام أو إلى خلف خاص .

(١) الموجز للمؤلف فقرة ٤٨٩ .

(٢) ويمكن تصور سقوط الأجل الفاسخ ، إذا تجوزنا وسلمنا هذا الأجل في العقود الزمنية ، في بعض الحالات الخاصة ، نذكر منها على سبيل المثال : (١) إذا مات المستأجر ، فإنه يجوز لورثته أن يطلبوا إنهاء العقد إذا أثبتوا أنه بسبب موت حورثهم أصبحت أعيان العقد أثقل من أن تحصلها مواردهم أو أصبح الإيجار مجاوزاً حدود حاجتهم (م ٢/٦٠١ مدني) . (ب) إذا لم يقصد الإيجار إلا بسبب حرفة المستأجر أو لاعتبارات أخرى تتعلق بشخصه ثم مات ، جاز لورثته أو للمؤجر أن يطلبوا إنهاء العقد (م ٦٠٢ مدني) . وانظر أيضاً في الإيجار المواد ٦٠٣ و ٦٠٤ و ٦٠٧ و ٦٠٨ و ٦٠٩ . (ج) يجوز للمعير أن يطلب في أي وقت إنهاء المعارية في الأحوال الآتية : ١ - إذا عرضت له حاجة عاجلة لشيء لم تكن متوقفة . ٢ - إذا أساء المستعير استعمال الشيء أو قصر في الاحتياط الواجب للمحافظة عليه . ٣ - إذا أضر المستعير بعد انعقاد المعارية أو كان معسراً قبل ذلك دون علم من المعير (م ٦٤٤ مدني) . ٤ - انتهى المعارية بموت المستعير ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك (م ٦٤٥ مدني) .

(٣) ديمولوب ٢٥ فقرة ٥٦٩ - لوران ١٧ فقرة ١٧٩ - هيك ٧ فقرة ٢٨٢ - بودرى وبارد ٢ فقرة ٩٧٣ .

(٤) هيك ٧ فقرة ٢٨٢ - بودرى وبارد ٢ فقرة ٩٧٣ .

ويكون انقضاء الحق بحلول الأجل دون أثر رجعي ، بخلاف ما قرره في تحقق الشرط الفاسخ ، فيعتبر الحق قد انقضى من وقت حلول الأجل لا من وقت الانقضاء ، وبذلك يتميز الحق المقترن بأجل فاسخ عن الحق المعلق على شرط فاسخ ، فلحق الأول يعتد بوجوده قبل حلول الأجل ، أما الحق الآخر فيعتبر قد زال منذ البداية وكأنه لم يكن . وقد أشارت الفقرة الثانية من المادة ٢٧٤ مدني صراحة إلى انعدام الأثر الرجعي لحلول الأجل الفاسخ ، فتست على أنه « يترتب على انقضاء الأجل الفاسخ زوال الالتزام ، دون أن يكون لهذا الزوال أثر رجعي (١) » .

٧٩ - مقارنة بين الشرط والمعل : بعد أن بسطنا أحكام كل من الشرط والأجل ، نعد مقارنة موجزة بينهما . فهناك موافقات ، كما أن هناك مفارقات .

أما الموافقات الجوهرية فتتلخص في أمرين :

- (١) أن كلا من الشرط والأجل أمر مستقبلي .
- (٢) وأن كلا منهما ينقسم إلى واقف وفاسخ ، هذا مع التجوز المهود في الأجل الفاسخ فيما يتعلق بالعقود الزمنية .

وأما المفارقات الجوهرية فتتلخص في الأمور الآتية :

- (١) الشرط أمر غير محقق الوقوع ، أما الأجل فأمر محقق الوقوع .
- (٢) الحق المعلق على شرط واقف حق موجود ولكنه ناقص ، أما الحق المقترن بأجل واقف فحق موجود كامل الوجود .
- (٣) الحق المعلق على شرط فاسخ حق موجود على خطر الزوال ، أما الحق المقترن بأجل فاسخ فحق مؤكد الزوال .
- (٤) لتحقق الشرط ، كفاعدة عامة ، أثر رجعي ، أما حلول الأجل فليس به هذا الأثر .

(١) أنظر في كل ذلك المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التحضيرية

وترد كل هذه القروق إلى فكرة واحدة ، هي أن الشرط أمر غير محقق الوقوع : ومن ثم فالحق المعلق على شرط واقف حق ناقص ، والحق المعلق على شرط فاسخ حق على خطر الزوال ، ولتحقق الشرط أثر رجعي تأولا لنية الطرفين أمام أمر غير محقق الوقوع . والأجل أمر محقق الوقوع . ومن ثم فالحق المقترن بأجل واقف حق كامل الوجود ، والحق المقترن بأجل فاسخ حق مؤكد . الزوال ، وليس لحلول الأجل أثر رجعي إذ لا محل لتأول نية الطرفين على هذا الوجه أمام أمر محقق الوقوع .

الباب الثاني

تعدد محل الالتزام

٨٠ - الالتزام متعدد المحل والالتزام التخييري والالتزام البسلي :

قد يتعدد محل الالتزام ، فيكون هذا التعدد وصفاً (modalité) في الالتزام (١). والالتزام الموصوف على هذا النحو أنواع ثلاثة : (١) التزام متعدد المحل (obligation conjointe) (٢) والالتزام التخييري (obligation alternative) (٣) والالتزام بسلي (obligation facultative) (٤).

(١) أما إذا كان المدين ملزماً بأداءات (prestations) متعددة ، كل منها متميز عن الآخر ، كان هناك التزامات متعددة ، وليس محالاً متعددة لالتزام واحد ، حتى لو كان لهذه الالتزامات المتعددة مصدر واحد ، وذلك كمقد البيع ينشئ في جانب البائع التزامات متعددة ، منها التزام بنقل الملكية ، ومنها التزام بالتسليم ، ومنها التزام بضمان الاستحقاق ، ومنها التزام بضمان الصوب الخفية (أوبري ورو ٤ فقرة ٣٠٠ ص ٦٨) .

(٢) وقد يتعدد المحل مع ذلك يتكون من جميع المحال وحدة مقصودة ، كبيع مجموعة من الصور وغرفة طعام أو لنوم أو للاستقبال ونحو ذلك ، فهنا يكون الالتزام ذا محل واحد لا يتجزأ . وكذلك قد يكون محل الالتزام واحداً ولكن تنفرق أجزاؤه ، كبيع كتاب من أجزاء متعددة ، ويكون الالتزام هنا من باب أول ذا محل واحد لا يتجزأ . ويلاحظ إن عدم تجزئة المحل في صورتين المتضمنتين ليس هو عدم التجزئة الذي منبته في تعدد أطراف الالتزام ، فإن عدم تجزئة المحل لا يكون وصفاً في الالتزام يقتضي أحكاماً خاصة به إلا إذا تعددت أطراف الالتزام من مدين أو دائن ، أما عدم تجزئة المحال المتعددة مع بقاء كل من المدين والدائن واحداً لا يمتد فليس إلا تعبيراً آخر لقول بأن الوفاء الجزئي لا يجوز ، وهذا أيضاً صحيح حتى لو كان محل الالتزام شيئاً واحداً ، تفرقت أجزاؤه أو لم تنفرق (أنظر في هذا المعنى دي باج ٣ فقرة ٢٦٧ وفقرة ٢٧٢) .

ويقول أوبري ورو : إذا التزمت باعطاء حصان وبقرق فالالتزام متعدد المحل ، ويكون الالتزام بسيطاً إذا التزمت باعطاء المواشي التي أملكها ، وكذلك يكون الالتزام بسيطاً إذا التزمت برد رأس المال مع فوائده (أوبري ورو ٤ فقرة ٣٠٠ ص ٦٨ هامش رقم ١) .

فالالتزام متعدد المحل هو التزام واحد ولكنه ذو محل متعدد ، كالتقايض يلتزم باعطاء المتقايض معه أرضاً ومعدلاً (soulte) للمقايضة هو مبلغ من النقود في مقابل أن يعطيه المتقايض الآخر داراً . فهنا يلتزم المتقايض الأول باعطاء المتقايض معه أرضاً ومبلغاً من النقود ، فالالتزام واحد مصدره عقد المقايضة ، وهو في الوقت ذاته متعدد المحل لأن المدين ملتزم أن يعطي شيتين لاشيئاً واحداً : الأرض ومبلغ النقود . وليس لهذا النوع من الوصف أثر كبير في الالتزام ، ولا توجد فروق هامة ما بين الالتزام متعدد المحل . والالتزام ذي المحل الواحد . ففي الالتزامين يجب على المدين أن يؤدي للدائن محل الالتزام كاملاً إذا كان واحداً ، أو جميع محال الالتزام إذا كانت متعددة ، ولا تقبل التجزئة في الوفاء (paiement partiel) ، فلا يجوز تأدية جزء من المحل الواحد أو محل من المحال المتعددة دون رضا الدائن . والملاك الجزئي - بأن يهلك جزء من المحل الواحد أو من المحال المتعددة - حكمه واحد في الالتزامين ، وينقسم في كل منهما الثمن أو المقابل أياً كان على الجزء المالك والجزء الباقي وفقاً لأحكام الملاك الجزئي . ويجوز فسخ العقد في الحالتين إذا بقي جزء من المحل الواحد أو من المحال المتعددة دون وفاء (١) . على أن الالتزام ذا المحل الواحد يكون عقاراً أو منقولاً تبعاً لطبيعة هذا المحل ، ففي المثل المتقدم يكون التزام المتقايض الآخر - وقد التزم باعطاء دار - عقاراً . أما الالتزام ذو المحل المتعدد فيكون عقاراً أو منقولاً تبعاً لطبيعة المحال المتعددة جميعاً ، وقد يكون بعضها عقاراً وبعضها منقولاً كما في حالة المتقايض إذا التزم باعطاء أرض ومبلغ من النقود ، فيكون الالتزام لا عقاراً محضاً ولا منقولاً محضاً بل هو مختلط (mixte) بعضه عقار وبعضه منقول (٢) .

(١) أوربري ورو ٤ فقرة ٣٠٠ ص ٦٩ .

(٢) لارومبيير ٣ م ١١٨٩ فقرة ٥ - لوران ١٧ فقرة ٢٢٤ - فقرة ٢٢٥ -

بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٤٧ - جوسران ٢ فقرة ٧٤٤ .

والفقه الإسلامى يعنى غاية خاصة بالالتزام ذي المحل المتعدد ، ويميز تمييزاً واضحاً بين التزام محله أشياء متعددة كلها واجبة الأداء وبين التزام محله أشياء متعددة أحدها وحده هو الواجب الأداء بحسب اختيار المدين ويسمى هذا بخيار التمين (البائع جزء ٥ ص ١٥٦ - ص ١٥٨) . وسعود إلى خيار التمين عند الكلام في الالتزام التخييري .

أما الالتزام الذى يكون محله أشياء متعددة كلها واجبة الأداء فيفصل الفقه الإسلامى أحكامه في كثير من الأسباب ، ويحرص فيه بوجه خاص على عدم تفريق الصفقة ، ثم إذا هي تفرقت =

والالتزام التخييري هو التزام متعدد المحل ، ولكن واحداً فقط من هذه

يصير من على وجه جهالة الثمن فيما تفرقت الصفة فيه . « فإذا أوجب (البائع) في العبدين قبيل (المشتري) في أحدهما ، بأن قال البائع المشتري بعت منك هذين العبدين بألف درهم ، فقال المشتري قبلت في هذا العبد وأشار إلى واحد معين ، لا ينقد ، لأن القبول في أحدهما تفریق الصفة على البائع ، والصفة إذا وقعت مجتمعة من البائع لا يمكن المشتري تفریقها قبل إتمام . لأن من عادة التجار تضم الرضى إلى الجيد ترويجاً لرضى بواسطة الجيد ، فلو ثبت المشتري ولاية التفریق لقبول في الجيد دون الرضى ، فيتضرر به البائع والضرر منى . ولأن غرض الترويج لا يحصل إلا بالقبول فيها جميعاً ، فلا يكون راضياً بالقبول في أحدهما . ولأن القبول في أحدهما يكون إرضاءً عن الجواب بمنزلة القيام من المجلس . . . ثم إذا قبل المشتري بض ما أوجبه البائع كان هذا شراء مبتدأ من البائع ، فان اتصل به الإيجاب من البائع في المجلس فنظر : أن كان البعض الذى قبله المشتري حصة معلومة من الثمن جاز ، وإلا فلا . بيانه أنه إذا قال بعت منك هذين الكرئين بعشرين ، بيع كل كر بعشرة ثمائل فقران الكرئين . وكذلك إذا قال بعت منك هذين العبدين بألف درهم ، فقبل المشتري في أحدهما وبين ثمنه ، فقال البائع بعت ، يجوز . فأما إذا لم يبين ثمنه لا يجوز ، وإن ابتدأ البائع بالإيجاب . بخلاف مسألة الكرئين وسائر الأشياء المتأثلة ، لما ذكرنا أن الثمن في المطليات يتقسم على المبيع باختيار الأجزاء ، فكان حصة كل واحد معلوماً . وفيما لا مثل له لا يتقسم الثمن على المبيع باختيار الأجزاء لانعدام ثمائل الأجزاء ، وإذا لم يتقسم بقيت حصة كل واحد منهما من الثمن مجهولة ، وجهالة الثمن تمنع صحة البيع . هذا إذا لم يبين البائع حصة كل واحد من العبدين ، بأن قال بعت منك هذين العبدين بألف درهم . فأما إذا بين بأن قال بعت منك هذين العبدين هذا بألف وهذا بمسئالة ، فقبل المشتري في أحدهما دون الآخر ، جاز البيع لانعدام تفریق الصفة من المشتري ، بل البائع هو الذى فرق الصفة حيث سمى لكل واحد منهما ثمناً على حدة ، وعلم أنه لا ضرر له فيه ، ولو كان فهو ضرر مرضى به وأنه غير مدفوع » (البدائع جزء ٥ ص ١٣٦ — ص ١٣٧) .

ويسمى الفقه الإسلامى — من حيث تكون المقد أيضاً — بفكرة أن الالتزام ذا المحل المتعدد ، وهو صفقة واحدة ، إذا داخله بطلان في بعض محاله للتعدد ، قد يمتثل باختلال وحدة الصفة . فلو جمع البائع « بين ما هو مال وبين ما ليس بمال في البيع ، بأن جمع بين حر وعبد أو بين عبيد وآخر أو بين ذكية وميتة ، وباعها صفقة واحدة ، فإن لم يبين حصة كل منهما من الثمن ، لم ينقد المقد أصلاً بالإجماع . وأن بين ، فذلك عند أبي حنيفة . وعندهما (أى عند أبي يوسف ومحمد صاحبى أبى حنيفة) يجوز في المصير والميتة والذكية ، ويبطل في الحر والتمير والميتة . . . وجه قولها أن القصد بقدر الفساد لأن الحكم يثبت بقدر البطلان ، والفسد يخص أحدهما فلا يتضمم الحكم على خصوص البطلان ، فلو جاء الفساد إجمالاً يحى من قبل جهالة الثمن ، فإذا بين حصة كل واحد منهما من الثمن فقد زال هذا المقت أيضاً . . . ولأبى حنيفة رضى الله عنه أن الصفة واحدة وقد فصلت في أحدهما فلا تصح في الآخر ، والدليل على أن الصفة واحدة أن لفظ البيع والشراء لم يتكرر والبائع واحد والمشتري واحد ، وتفریق الثمن وهو التسمية لكل واحد منهما لا يمنع اتحاد الصفة ، دل على أن الصفة واحدة ، وقد فصلت في أحدهما يقيّن خروج الحر والتمير والميتة عن محمية البيع يقيّن : فلا يصح في الآخر لامتصاحة كون =

الحال المتعددة هو الواجب الإداء ، لا الحال جميعاً كما في الصورة السابقة . فإذا التزم شخص لآخر باعطائه إما أرضاً أو سيارة ، كان الالتزام هنا تخييرياً ، وكان محل الالتزام هو الأرض أو السيارة بحسب اختيار المدين أو الدائن ، وليس المحل هو الأرض والسيارة معاً .

يبقى الالتزام البدلي ، وهو التزام غير متعدد المحل على النحو السابق ، بل له محل واحد ، ولكن يستطيع المدين أن يؤدي شيئاً آخر بدلاً منه فيقضى بذلك التزامه . فإذا التزم شخص لآخر باعطائه داراً ، واحتفظ لنفسه بالحق في أن يعطيه إذا شاء أرضاً بدلاً من الدار ، كان الالتزام بدلياً . وهنا يكون محل الالتزام شيئاً واحداً هو الدار ، ولكن يجوز للمدين أن يستبدل بالدار الأرض للوفاء بالتزامه ، ولا يستطيع الدائن أن يرفض هذا الوفاء .

= الصفقة الواحدة صحيحة وفاسدة ، وهذا لم يصح إذا لم يسم لكل واحد منهما شيئاً فكلما إذا سمى لأن التسمية وتقرير الثمن لا يوجب تمدد الصفقة لاتحاد البيع والمالدين ... ولأنه لما جمع بينهما في الصفقة فقد جعل قبول العقد في أحدهما شرط القبول في الآخر ، بدليل أنه لو قبل العقد في أحدهما دون الآخر لا يصح ، والحر لا يحتمل قبول العقد فيه فلا يصح القبول في الآخر ... ولأن في تصحيح العقد في أحدهما تفريق الصفقة على البائع قبل التمام ، لأنه أوجب البيع فيهما فالقبول في أحدهما يكون تفريقاً وهذا لا يجوز ... ثم إذا جاز البيع في أحدهما عندما (أي عند الصاحين) فهل يثبت اختيار فيه ؟ إن علم بالحرام يثبت لأن الصفقة تفرقت عليه ، وإن لم يعلم لا لأنه مفسى بالتفريق » (البدائع جزء ٥ ص ١٤٥ — ص ١٤٦) .

وتفرق الصفقة أيضاً على التي يثنى بها الفقه الإسلامي في تقرير أحكام العقد بعد انقضائه صحيحاً ، فإذا ملك بعض المبيع قبل القبض ملك على البائع ، ثم ينظر : « إن كان النقصان نقصان قدر ، بأن كان مكيلاً أو موزوناً أو ممدوداً ، ينسخ العقد بقدر الهالك وتسقط حصته من الثمن ، لأن كل قدر من المقدرات مقدود عليه فيقابله شيء من الثمن ، وهلاك كل المقدود عليه يوجب انفساخ البيع في الكل وتسقوط كل الثمن ، فهلاك بعضه يوجب انفساخ البيع وسقوط الثمن بقدره . والمشتري بالخيار في الباقي ، إن شاء أخذه بحصته من الثمن ، وإن شاء ترك لأن الصفقة قد تفرقت عليه » (البدائع جزء ٥ ص ٢٣٩) . والبائع حيس المبيع حتى يستوفى الثمن ، فلو باع « شيئين صفقة واحدة ، وسمى لكل واحد منهما ثمناً ، فتعد المشتري حصة أحدهما ، كان البائع حيسهما حتى يقبض حصة الآخر لما قلنا ، لأن قبض أحدهما دون الآخر تفريق الصفقة الواحدة في حق القبض ، والمشتري لا يملك تفريق الصفقة الواحدة في حق القبول بأن يقبل الإيجاب في أحدهما دون الآخر ، فلا يملك في حق القبض أيضاً ، لأن لقبض شيئاً بالثمن . وكذلك لو أبرأ من حصة أحدهما ، فله حيس الكل لاستيفاء الباقي لما ذكرنا » (البدائع جزء ٥ ص ٢٥٠) .

وظاهر من هذه النصوص التي قلناها أن أحكام الفقه الإسلامي في الالتزام في المحل المتعدد مقبولة بوجه عام ، ويمكن تخريجها على المبادئ العامة في القانون الحديث .

ونرى مما تقدم أن هناك تدرجاً تصاعدياً في تعدد المحل ما بين الالتزام البلى والالتزام التخييرى والالتزام ذى المحل المتعدد . ففي الالتزام البلى محل الالتزام (objet in obligation)، واحد ، ولكن يوجد شيء آخر يحل محله عند الوفاء (objet in facultate solutionis) . ويرقى الالتزام التخييرى مرتبة في تعدد المحل ، فمحل الالتزام متعدد - شيئين أو أكثر لا شيء واحد - ولكن الواجب الأداء من هذه الأشياء المتعددة هو شيء واحد . ثم يرقى الالتزام ذو المحل المتعدد المرتبة العليا في تعدد المحل ، فمحل الالتزام متعدد - شيئين أو أكثر - والواجب الأداء هو كل هذه الأشياء المتعددة (١).

ولما كان الالتزام ذو المحل المتعدد لا يكاد يفارق الالتزام ذا المحل الواحد ، وتكاد تكون أحكام كل منهما واحدة ، فانه لا توجد أهمية خاصة لأفراده بالبحث (٢) . والذي يجب أن يفرد بالبحث - لأن الوصف فيه ذو أثر بالغ - هو الالتزام التخييرى ثم الالتزام البلى ، ونبحثهما في فصلين متعاقبين .

(١) أنظر في ذلك من باج ٣ فقرة ٢٦٨ .

(٢) ويميز قنطين الموجبات والمفود البلى ، في « الموجبات ذات المواضيع المتعددة » ، بين الموجب المتلازم « وهو الذى ندعوه بالالتزام ذى المحل المتعدد » ، والموجب التخييرى « أى الالتزام التخييرى » ، والموجب الاختيارى « أى الالتزام البلى . فنص المادة ٣ من هذا القنطين حل « أن الموجبات ذات المواضيع المتعددة تكون متلازمة أو تختيارية أو اختيارية » . وتنص المادة ٤ « على أن » الموجب المتلازم هو الذى يكون موضوعه مشتملاً على جملة أشياء تنجب مما بحيث لا تبرأ ذمة المدينون إلا بأدائها كلها » . وتنص المادة ٥ « على أن » الموجبات المتلازمة خاصة للأحكام المختصة بالموجب البسيط » .

الفصل الأول

الالتزام التخييري

(Obligation alternative)

٨١- قيام وصف التخيير وأملاطه : التخيير بين محلين أو أكثر للالتزام الواحد وصف يقوم بالالتزام كما قلنا . فيجب أن نعرف ما هو ، ومن أى مصدر ينشأ ، ومن من طرق الالتزام يثبت له الخيار . ثم نعرف بعد ذلك ما هى أحكام الالتزام التخييرى .

فنبحث إذن مسألتين : (١) قيام وصف التخيير (٢) أحكام الالتزام التخييرى (١) .

الفرع الاول

قيام وصف التخيير

٨٢- النصوص القانونية : تنص المادة ٢٧٥ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« يكون الالتزام تخييرياً إذا شمل محله أشياء متعددة تبرأ ذمة المدين براءة

(*) مراجع : بنگلز Bonnecase تكله بودى ٢ فقرة ٧٦٠ وما يملها — مقال له فى مجلة القانون المدنى الفصلية سنة ١٩٢٩ ص ١٠٩٢ — أوبرى وروء فقرة ٣٠٠ — بودى وبارد ٢ فقرة ١٠٤٢ — فقرة ١١٠٦ — بلانيول وريير وجابوله ٧ فقرة ١٠٤٨ — فقرة ١٠٥١ — ييدان ولاجارد ٨ فقرة ٨٠٠ — فقرة ٨٠٣ — دى باج ٣ فقرة ٢٧٣ — ٢٨٢ : — بلانيول وريير وبولانجيه ٢ فقرة ١٣١٩ — فقرة ١٣٢٢ — كولان وكايبينان ودى لاموراندوير ٢ فقرة ٦٧٨ — چوسران ٢ فقرة ٧٤٥ — فقرة ٧٤٦ .

(١) ويقول دى باج إنه بالرغم من أن الالتزام التخييرى ليس كثير الوقوع فى الحياة العملية ، فإنه يثير صعوبات جدية من ناحية الصناعة القانونية (دى باج ٣ فقرة ٢٧٣ ص ٢٦٩) .

تامة إذا أدى واحداً منها ، ويكون الخيار للمدين ما لم ينص القانون أو يتفق المتعاقدان على غير ذلك » (١) .

ويقابل هذا النص المادة ١٥٠/٩٦ من التقنين المدني السابق (٢) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٢٧٥ ، وفي التقنين المدني الليبي المادة ٢٦٢ ، وفي التقنين المدني العراقي المادة ٢٩٨ ، وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٥٦ (٣) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٣٩٩ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، غير أن النص في المشروع التمهيدى كان مقسوماً إلى فقرتين ، فاندجت الفقرة الثانية في الفقرة الأولى في لجنة المراجعة . وعرض على لجنة المراجعة اقتراح محكمة مصر من إضافة نص يجعل أثر التغيير يستند إلى وقت الالتزام ، فلم تر اللجنة ضرورة هذا النص لإمكان استخلاص حكمه من المبادئ العامة ، وأصبحت المادة رقمها ٢٨٧ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٧٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٧ وص ٣٩) .

(٢) التقنين المدني السابق م ٩٦ / ١٥٠ : إذا كان التعهد بعمل أحد شيئين فأكثر ، فالتعهد للتعهد ، إلا إذا وجد نص صريح في التعهد أو في القانون يقضى بخلاف ذلك . ولا فرق في الأحكام ما بين التقنينين الجديد والقديم . وقد كان التقنين القديم يفصل ذكر الالتزام البديل ، ويكثر من النصوص فيما يتعلق بالالتزام التخييري في غير ضبط ولا تحديد . وقد تكفل التقنين المدني الجديد بهذا الضبط ، فبين من يستعمل الخيار إذا امتنع من له الحق في مباشرته ، ووضع نظاماً أدنى إلى المطلق في آثار استحالة التنفيذ . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « عند المشروع - فيما يتعلق بالأوصاف الخاصة بتعدد محل الالتزام - إلى الجمع بين الالتزام التخييري والالتزام البديل في الفصل المعقود لها ، مقتدياً بذلك بالتقنين اللبناني . ولعل في دقة التفريق بين هذين الضريبتين من الالتزام ما يمنع ضم الأخصاء من أهال التقنين المصري والتقنين الفرنسي ، بل والمشروع الفرنسي الإيطالي ، للالتزامات البديلة . ومع أن أحكام الالتزام التخييري ظفرت بحظ موفور من التفصيل في نصوص التقنين الحالي (السابق) - إذ اختصت بما لا يقل عن مواد أربع - إلا أنها كانت بحاجة إلى شيء من الضبط والتحديد . وقد تكفل المشروع بذلك ، فعين كيفية إعمال حق الخيار بين محل التغيير إذا امتنع من ثبت له هذا الحق من المصدقين من مباشرته ، ووضع لآثار استحالة التنفيذ نظاماً أدنى إلى المطلق » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٦) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٢٧٥ (مطابقة للمادة ٢٧٥) وم
من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني الليبي م ٢٦٢ (مطابقة المادة ٢٧٥ من التقنين المدني المصري)

ويستخلص من النص المتقدم أن وصف التخيير يقوم متى شمل محل الالتزام أشياء متعددة تبرأ ذمة المدين براءة تامة إذا أدى واحداً منها ، وأن خيار التعيين يكون في الأصل للمدين إلا إذا قضى المصدر الذي ينشأ منه -الاتفاق أو القانون- بأن الخيار يكون للدائن أو للغير .

فتبحث إذن : (١) متى يقوم وصف التخيير (٢) من له خيار التعيين ومصدر هذا الخيار .

§ ١ - متى يقوم وصف التخيير

٨٣- (١) تحمير منطقة الالتزام التخييري : ليكون الالتزام تخييرياً فيقوم به وصف التخيير ، يجب توافر شروط ثلاثة : (١) يتعدد محل الالتزام فيكون للالتزام محلان أو أكثر . (٢) ويتوافر في كل محل منها الشروط الواجب توافرها في المحل . (٣) ويكون الواجب الأداء ، حتى تبرأ ذمة المدين براءة تامة من التزامه ، محلاً واحداً من هذه المحال المتعددة .

٨٤- (١) تعدد محل الالتزام : يجب أن يكون محل الالتزام متعدداً كما قدمنا . فيصح أن يلتزم البائع للمشتري أن يبيع منه الدار أو الأرض . ويصح

— التقنين المدني العراقي م ٢٩٨ : ١ — يصح أن يكون محل الالتزام أحد أشياء قيمة أو مثلية من أجناس مختلفة ، ويكون الخيار في تعيينه للمدين أو للدائن . ٢ — وإذا أطلق خيار التعيين فهو للمدين ، إلا إذا قضى القانون أو اتفق المتعاقدان على أن الخيار يكون للدائن .
(ولا فرق في الأحكام ما بين التقنين المصري والتقنين العراقي رغم اختلاف المصاغة . انظر في التقنين العراقي الأستاذ حسن النفلون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ١٦٣ — فقرة ١٦٦) .

تقنين الموجبات والمقود البنائي م ٥٦ : الموجب التخييري هو الذي يكون موضوعه مشتملاً على جملة أشياء تبرأ ذمة المدين تماماً بأداء واحد منها . وللمدين وحده حق الاختيار ما لم يكن ثمة نص مخالف . (ولا فرق في الأحكام ما بين التقنين المصري والتقنين اللبناني رغم اختلاف المصاغة . ويقول التقنين اللبناني إن حق الاختيار للمدين ما لم يكن ثمة نص مخالف ، والمقصود بالنص هنا الاتفاق (stipulation) كما يفهم من الرجوع إلى الأصل الفرنسي المادة ٥٦ ، أما نص القانون فن البهسي أنه إذا وجد وجعل الخيار للدائن فإنه يجب اتباعه) .

أن يلزم الشريك بتقديم حصته في الشركة مبلغاً من النقود أو أرضاً أو سيارة أو أسهماً أو سندات أو غير ذلك . ونرى من ذلك أن محل الالتزام قد يكون شيئين ، وقد يكون أكثر من شيئين (١) . كذلك يصح أن يكون شيئاً غير معين بالذات

(١) وغيار التمين في الفقه الإسلامي — وهو الذي يقابل الصغير في الالتزام الصغيرى — لا يجوز أن يقع على أكثر من أشياء ثلاثة ، ويلزم فيه ذكر المدة التي يتم فيها الخيار على خلاف في الرأي ، ويكون الخيار إما للمشتري أو للبائع حسب الشرط . جاء في المبسوط المرحسى (جزء ١٣ ص ٥٥) : « ولو اشترى ثوبين كل واحد منهما بمشرة درهم ، حل أنه بالخيار ثلاثة أيام يحكم أيهما شاء ويورد الآخر ، جاز العقد عندنا استحساناً . وكذلك هذا في ثلاثة أبواب ، وفيما زاد على الثلاثة العقد فاسد ... وجه الاستحسان أن هذه الجهالة لا تقضى إلى المنازعة لأنه شرط الخيار لنفسه ، وحكم خياره يستند بالتمين ، والجهالة التي لا تقضى إلى المنازعة لا تمنع صحة العقد ... فقد يشتري الإنسان لعماله ثوباً ولا يصحبه أن يحمل عياله إلى السوق ولا يرضى البائع بالتسليم إليه ليحمله إلى عياله بغير عقد ، فيحتاج إلى مباشرة العقد بهذه الصفة . وهذه الحاجة مقصورة على الثلاث ، لأن كل نوع يشتمل على أوصاف ثلاثة ، جيد ووسط ورجى ، فإذا حل الثلاثة إلى أهله تم المقصود . فأخذنا فيما زاد على ذلك بالقياس لعدم الحاجة فيه .. ثم نص في هذا الموضوع على تقدير الخيار بثلاثة أيام ، وهو الصحيح ، لأن هذا خيار ثبت بالقرط فلا بد فيه من إعلام المسدة ، وإن أطلق ذلك في غير هذا الموضع . وجاء في البدائع لكاساني (جزء ٥ ص ١٥٧) في خصوص المسدة ما يأتي : « وهل يشترط بيان المدة في هذا الخيار ؟ اختلف المشايخ فيه لاختلاف ألفاظ محمد في هذه المسألة في الكتب ، فذكر في الجامع الصغير على أن يأخذ المشتري أيهما شاء وهو فيه بالخيار ثلاثة أيام ، وذكر في الأصل على أن يأخذ أيهما شاء بآلف ولم يذكر مدة الخيار . فقال بعضهم لا يجوز هذا البيع إلا بذكر مدة خيار الشرط ، وهو ثلاثة أيام لما دونها عند أبي حنيفة رحمه الله ، وعندنا الثلاث وما زاد عليها يمد أن يكون مملوماً ، وهو قول الكرخي والطحاوي رحمهما الله . وقال بعضهم يصح من غير ذكر المدة . وجه قول الأولين أن المبيع لو كان ثوباً واحداً نعمنا وشرط فيه الخيار كان بيان المدة شرط الصحة بالإجماع ، فكذلك إذا كان واحداً غير معين ، والجامع بينهما أن ترك التوقيت تجهيل لمدة الخيار وأنه مفسد للبيع ... وجه قول الآخرين أنه توقيت الخيار في العين إنما كان شرطاً لأن الخيار فيه يمنع ثبوت الحكم للحاجة إلى دفع الثمن بواسطة التأمل فكان في معنى الاستثناء ، فلا بد من التوقيت ليصح استثناء ذلك في الوقت من ثبوت حكم البيع فيه ، وغيار التمين لا يمنع ثبوت الحكم في أحدهما غير عين وإنما يمنع تمين المبيع لا غير ، فلا يشترط له بيان المسدة والله سبحانه وتعالى أعلم . والدليل على التفارقة بينهما أن خيار القسط لا يورث على أصل أصحاننا ، وخيار التمين يورث بالإجماع . هذا وكون الخيار يجوز أن يكون للبائع إنما جاء على سبيل الاستحسان ، جاء في فتح القدير للكمال بن الهمام (جزء ٥ ص ١٣١) : « وإذا ظهر أن جواز هذا البيع للحاجة إلى اختيار ما هو الأرفق والأوفق لمن يقع الشيء له حاضراً أو غائباً ، ظهر أنه لا يجوز للبائع ، بل يختص خيار التمين بالمشتري ، لأن البائع لا حاجة له إلى اختيار الأوفق =

كالنقد ، أو عيناً معينة عقاراً أو منقولاً . ويصح أن يجمع التعدد هذه كلها ، فيكون محل الالتزام نقداً وعقاراً ومنقولاً . بل يصح أن يكون محل الالتزام

— والأرق لأن المبيع كان مع قبل البيع وهو أخرى بما لاسه منه ، فإرد جانب البائع إلى القياس ، فلهذا نص في المحرر على أنه لا يجوز في جانب البائع . وذكر الكرخي أنه يجوز استحساناً ، لأنه يبيع يجوز مع خيار المشتري فيجوز مع خيار البائع قياساً على الشرط .

وحكم البيع مع خيار التمين أنه غير لازم لمن له الخيار سواء كان المشتري أو البائع . جاء في البدائع (جزء ٥ ص ٢٦١) في حالة ما إذا كان الخيار للمشتري : « الملك الثابت بهذا البيع قبل الاختيار ملك غير لازم ، والمشتري أن يردعه جميعاً ، لأن خيار التمين يمنع لزوم العقد كخيار البيع وخيار الرقبة ، فيمنع لزوم الملك ، فكان محتملاً للفسخ . وهذا لأن جواز هذا النوع من البيع إنما يثبت بتعامل الناس لحاجتهم إلى ذلك لما بينا فيما تقدم ، ولا تصدم حاجتهم إلا بعد اللزوم لأنه صريح لا يوافقهما جميعاً فيحتاج إلى ردهما » . وجاء أيضاً (ص ٢٦٢) في حالة ما إذا كان الخيار للبائع : « وللبائع أن يفسخ البيع لأنه غير لازم » .

ويبدو أن خيار التمين يكون مقترناً بخيار الشرط . وهذا ما يميل أن البيع المقترن بخيار التمين يكون غير لازم على النحو الذي قدمناه ، وعدم لزومه إنما جاء من خيار الشرط المقترن بخيار التمين لا من خيار التمين ذاته . وهذا ما يميل أيضاً أن خيار التمين ينتقل إلى الورثة ولكن البيع يكون لازماً لم خلافاً للمورث ، وذلك لأن خيار الشرط المقترن بخيار التمين لا يورث ، فينقطع هذا الخيار عن الورثة ومن ثم يلزمهم البيع ، ويؤيد لهم خيار التمين وحده دون خيار الشرط . وهذا ما يميل أخيراً أن التمين إذا تميماً ما في يد المشتري وكان له خيار التمين ، فالمشتري أن يأخذ أيهما شاء يشتهه وليس له أن يردعه جميعاً ، لأن خيار الشرط المقترن بخيار التمين هو الذي يطل بطلب التمين ويؤيد خيار التمين على حاله . وفي هذا يقول صاحب البدائع (جزء ٥ ص ٢٦٢) : « ولو تميماً جميعاً ، فإن كان على التعاقب تمين الأول البيع ولزمه ثبته ويرد الآخر لما قلنا ، ولا يفرم بمحدث العيب شيئاً لما قلنا إنه أمانة ، وإن تميماً ما لا يمين أحدهما البيع لأنه ليس أحدهما بالتمين أول من الآخر ، والمشتري أن يأخذ أيهما شاء يشتهه ، لأنه إذا لم يضمن أحدهما لبيع حق المشتري على خياره . إلا أنه ليس له أن يردعه جميعاً ، لأن البيع قد لزم في أحدهما بتعيينها في يد المشتري وبطل خيار الشرط ، وهذا يؤيد قول من يقول من المشايخ إن هذا البيع فيه خياران ، خيار التمين وخيار الشرط ، ولا بد له من رتبة معلومة ، إذ لو لم يكن ملك ردهما جميعاً كما لو لم يتعين أحدهما أصلاً ، ولكنه لم يملك لأن ردهما جميعاً قبل التيب ثبت حكماً لخيار الشرط ، وقد بطل خيار الشرط بعد تعيينهما معاً فلم يملك ردهما ، ويؤيد خيار التمين فيملك ردهما جميعاً ... ولا يبطل هذا الخيار بموت المشتري بل يورث بخلاف خيار الشرط ، لأن خيار التمين إنما يثبت للمورث لثبوت الملك له في أحدهما غير عين ، وقد قام الوارث مقامه في ذلك الملك فله أن يختار أيهما شاء دون الآخر ، إلا أنه ليس له أن يردعه جميعاً وقد كان للمورث ذلك . وهذا يؤيد قوله أولئك المشايخ إنه لا بد من خيارين في هذا البيع ، وقد بطل أحدهما وهو خيار الشرط بالموت لأنه لا يورث على أصل أصحاحنا فيطلب الحكم المختص به وهو ولاية ردهما جميعاً » .

عملاً أو امتناعاً عن عمل . ويصح أن يجتمع كل هؤلاء في الالتزام الواحد، فيلتزم الشريك مثلاً بتقديم حصته للشركة مبلغاً من النقود أو أرضاً أو عملاً يقوم به لمصلحة الشركة أو امتناعاً عن الاتجار فيما تقوم به الشركة من عمل (١) .

فأى أداء يصلح أن يكون عملاً للالتزام يمكن - إذا اقترنت به أداءات أخرى من نوعه أو من غير نوعه - أن يكون عملاً للالتزام التخييري . والمهم هو أن يتعدد هذا المحل ، فلا يقتصر على أداء واحد .

٨٥ - (٢) توافر الشروط في كل من الأداءات المتعددة : ويجب

أن يتوافر في كل أداء من الأداءات المتعددة للالتزام التخييري جميع الشروط الواجب توافرها في محل الالتزام ، لاحتمال أن يقع الاختيار على أى أداء منها فيصبح هو المحل الوحيد ، ويكون متوافراً فيه الشروط اللازمة . فيجب أن يكون كل أداء موجوداً إذا كان شيئاً ، أو ممكناً إذا كان عملاً أو امتناعاً عن عمل . ويجب أيضاً أن يكون الأداء معيناً أو قابلاً للتعين ، وأن يكون صالحاً للتعامل فيه ، وأن يكون مالا متقوماً ، وأن يكون التعامل فيه مشروعاً .

فاذا كان الالتزام التخييري محله شيئان فقط ، وكان أحدهما لم يتوافر فيه الشروط المتقدمة الذكر ، وتوافرت في الشيء الآخر هذه الشروط ، فإن الالتزام لا يكون له إلا محل واحد هو هذا المحل الذى توافرت فيه الشروط ، ويكون الالتزام بسيطاً غير تخييري (٢) .

وقد نصت المادة ١١٩٢ من القانون المدني الفرنسي صراحة على هذا

(١) ديرانتون ١١ فقرة ١٣٦ - ماركاديه ٤ فقرة ٥٧٩ - ديولوب ٢٦ فقرة ٤ -
بودى وبارد ٢ فقرة ١٠٤٢ .

(٢) لكن إذا أراد المصاعدان أن يخفيا التزاماً غير مشروع تحت ستار التزام تخييري، بأن يتفقا أصلاً على محل غير مشروع ، ثم يضا إلى جانبه على طريق التخيير عملاً آخر مشروعاً يكون المقصود منه أن يصبح جزءاً لعدم تنفيذ المحل غير المشروع ، فإن مثل هذا الالتزام لا يكون التزاماً صحيحاً حتى في محله المشروع ، بل يكون التزاماً باطلاً في المحلين جميعاً (بودى وبارد ٢ فقرة ١٠٤٦ ص ٢٠٧ هامش رقم ٢) .

الحكم إذ تقول : « يكون الالتزام بسيطاً ، ولو عقد في صورة التزام تخييرى ، إذا كان أحد الشئيين محل الالتزام لا يمكن أن يكون محلاً له (١) » . وتنص المادة ٦١ من تقنين الموجبات والعقود البنائي على الحكم فيما إذا كان شئ واحد من الأشياء المتعددة هو الذى يمكن تنفيذه دون الأشياء الأخرى ، فتقول : « إذا كان أحد المواضع وحده قابلاً للتنفيذ ، فالموجب يكون أو يصبح من الموجبات البسيطة » . والحكم كما نرى ظاهر البداهة ، فلا حاجة للنص عليه ، إذ يمكن استخلاصه في يسر من تطبيق القواعد العامة .

والعبرة ، في معرفة ما إذا كانت الشروط الواجبة متوافرة في الأداءات المتعددة للالتزام التخيري ، تكون بوقت نشوء هذا الالتزام . فان توافرت الشروط في هذا الوقت ، كان الالتزام تخييرياً ، حتى لو أصبحت الأداءات بعد ذلك لاتصلح كلها أو بعضها محلاً للالتزام . وعلى النقيض من ذلك ، إذا لم تتوافر الشروط إلا في أداء منها ، كان الالتزام بسيطاً منذ البداية وعمله هذا الأداء الذى توافرت فيه الشروط ، ولا ينقلب تخييرياً حتى لو أصبحت الأداءات الأخرى بعد ذلك متوافراً فيها الشروط الواجبة (٢) .

٨٦ - (٣) محل وامر من المحال المتعددة هو الواجب الاداء : وإذا

كان للالتزام التخيري محال متعددة (in obligatione) ، فان محلاً واحداً منها فقط هو الواجب الاداء (in debitione) ، أو كما تقول المادة ٢٧٥ مدنى في صلبها : « تبرأ ذمة المدين براءة تامة إذا أدى واحداً منها » .

وينبئ على ذلك أمران : (أولهما) أنه قبل اختيار المحل الواجب الاداء ، يكون كل من المحال المتعددة ممكناً طلبه ، فيقوم التضامن بين هذه المحال على غرار التضامن الذى يقوم بين المدينين المتضامين . فكما إن كل مدين متضامن

(١) وهذا هو النص في أصله الفرنسى : L'obligation est pure et simple, quoique contractée d'une manière alternative, si l'une des deux choses ne pouvait être le sujet de l'obligation.

(٢) ديمولومب ٢٦ فقرة ١٢ - بودوى وبارد ٢ فقرة ١٠٤٦ - وانظر أيضاً المذكرة الإيضاحية المشروع أنه يلى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٨ .

تمكن مطالبته بكل الدين فاذا وفاه انقضى ، كذلك أى محل من المحال المتعددة للالتزام التخييري تمكن المطالبة به فاذا وفى انقضى الالتزام . فالتخير إذن هو ضرب من التضامن ما بين الأشياء شبيه بالتضامن ما بين الأشخاص ، هو تضامن عيني موضوعي (solidarité réelle et objective) إلى جانب تضامن للمدينين الشخصي الذاتي (solidarité personnelle et subjective) . والتضامن العيني من شأنه ، كالتضامن الشخصي ، أن يقوى ضمان الدائن ، فاذا أصبح تنفيذ محل من المحال المتعددة للالتزام التخييري مستحيلا جاز أن ينفذ محل آخر ، فيتسع بذلك مجال التنفيذ ويقوى ضمان الدائن (١) . (والأمر الثاني) أنه بعد اختيار المحل الواجب الأداء يصبح هذا وحده هو محل الالتزام ، ويتقلب الالتزام التخييري عند ذلك التزاماً بسيطاً ليس له إلا محل واحد .

ويستتبع ذلك أن المحال المتعددة للالتزام التخييري تكون في الكثرة الغالبة من الأحوال متعادلة في قيمتها ، ما دام أن تنفيذ أى محل منها يغني عن تنفيذ المحال الآخر . غير أن هذا ليس بضروري ، فقد تتفاوت قيم المحال إذا تفاوتت شروط أدائها . مثل ذلك أن يلتزم شخص نحو آخر بأن يبيع له الدار بألفين أو الأرض بألف ، فتكون قيمة الأرض نصف قيمة الدار . وقد يعد شخص آخر باقراضه ألفاً بفوائد سعرها ٥٪ أو خمسمائة بفوائد سعرها ٦٪ . بل قد لا تتفاوت شروط الإداء ومع ذلك تكون القيم متفاوتة ، فقد يكون المبلغ الموعود باقراضه هو ألف أو ألفان على حسب اختيار المدين ويكون سعر الفائدة في الحالتين ٥٪ (٢) .

٨٧ - (ب) تمييز الالتزام التخييري عن حالات أخرى تستنبه به :

وحتى يتم تحديد منطقة الالتزام التخييري في وضوح ، نورد بعض الحالات التي تشبه بالالتزام التخييري وليست إياه . فنستعرض الشرط الجزائي والالتزام

(١) ديمولب ٢٦ فقرة ٨ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٤٤ — فقرة ١٠٤٥ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٤٨ — دي باج ٣ فقرة ٢٧٤ .
(٢) ديرانتون ١١ فقرة ١٣٩ — لاروميير ٣ م ١١٨٩ فقرة ٩ — ديمولوب ٢٦ فقرة ٥ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٤٣ .

المعلق على شرط واقف والالتزام بشيء غير معين . أما الالتزام متعدد المحل (obligation conjointe) فقد سبق التمييز بينه وبين الالتزام التخييري . وسنبحث عند الكلام في الالتزام البدلي ما يوجد بينه وبين الالتزام التخييري من فروق .

٨٨ - (١) التمييز بين الالتزام التخييري والشرط الجزائي :

الشرط الجزائي هو تقدير اتفاق للتعويض المستحق ، إذا أخل المدين بالتزامه ولم يتم بتنفيذه تنفيذاً عينياً . فالشرط الجزائي إذن ليس إلا تعويضاً مستحقاً عن عدم التنفيذ العيني . وهو - ككل تعويض - لا يمكن أن يكون إلى جانب التنفيذ العيني أحد محلي التزام تخييري . ذلك أنه في الالتزام التخييري يمكن للمدين أو للدائن ، بحسب الأحوال ، أن يختار أحد المحلين فيوفيه للطرف الآخر ، ولا يستطيع هذا الطرف الآخر أن يرفض الوفاء . أما في التعويض فالأمر مختلف ، إذ أن المدين لا يستطيع أن يختار التعويض دون التنفيذ العيني : إذا كان هذا التنفيذ ممكناً وطالب به الدائن . كذلك لا يجوز للدائن أن يختار التعويض دون التنفيذ العيني ، إذا كان التنفيذ العيني ممكناً وعرضه المدين . فالتعويض ليس محلاً لالتزام تخييري ، بل إن له مقوماته الذاتية ، وقد سبق بيان ذلك في الجزء الثاني من الوسيط .

ومما يبرز الفرق بين الالتزام التخييري والالتزام المصحوب بشرط جزائي أنه إذا كان الالتزام المصحوب بشرط جزائي قد أصبح تنفيذه العيني مستحيلاً بسبب أجنبي لا بد للمدين فيه ، فإن الالتزام يتقاضى ولا يكون الشرط الجزائي مستحقاً . أما في الالتزام التخييري ، إذا أصبح تنفيذ أحد محلي هذا الالتزام مستحيلاً بسبب أجنبي ، فسنرى أن المحل الثاني يصبح مستحقاً ، على خلاف الشرط الجزائي . كذلك إذا كان المحل الأصلي للالتزام المصحوب بشرط جزائي لا يصلح أن يكون محلاً لعدم توافر الشروط الواجبة فيه ، فإن الالتزام يسقط ويسقط معه الشرط الجزائي . وهذا بخلاف الالتزام التخييري ، فإنه إذا كان أحد محليه لا يصلح أن يكون محلاً للالتزام أصبح المحل الآخر هو المستحق (١).

٨٩ - (٢) التمييز بين الالتزام التخييري والالتزام الملحق على شرط

واقف: ولا يجوز أن يكيف الالتزام التخييري بأن كلا من محاله المتعددة واجب الأداء معلقاً على شرط اختياره ، وقد كان بعض الفقهاء الفرنسيين يذهبون إلى ذلك (١). ذلك أن الالتزام الملحق على شرط واقف قد علق على أمر غير محقق الحصول ، أما الاختيار في الالتزام التخييري - اختيار محل ما - فهو أمر محقق لا بد من حصوله ، وإذا هو لم يحصل بمن له حق الاختيار بالذات ، فانه لا بد حاصل بمن أقامه القانون مقامه : القاضى في حالة ما إذا كان الخيار للمدين ، والمدين في حالة ما إذا كان الخيار للدائن (٢).

وينبنى على ما تقدم أن الالتزام التخييري هو التزام محقق الوجود منذ البداية ، أما الالتزام الملحق على شرط واقف فالإلتزام غير محقق الوجود وهو لن يوجد فعلاً إذا ما تحقق الشرط . وهناك فرق آخر ما بين الإلتزامين ، فانه إذا هلك محل الإلتزام الشرطى بسبب أجنبي قبل تحقق الشرط كانت تبعة الهلاك على المدين كما سبق القول ، أما التبعة في هلاك أحد محال الإلتزام التخييري فهي على الدائن (٣).

٩٠ - (٣) التمييز بين الالتزام التخييري والالتزام بشئ غير معين

بالذات: والالتزام التخييري ليس التزاماً بشئ غير معين بالذات . فقد يلتزم شخص أن يبيع لآخر مائة أردب من القمح ، ومحل الإلتزام هنا هو شئ غير معين بالذات حتى لو عين البائع المخزن الذى أودع فيه قمحه وذكر أن مائة الأردب ستؤخذ من هذا القمح . كذلك يعتبر التزاماً بشئ غير معين بالذات

(١) أنظر ماركاديه ٤ فقرة ١١٨٩ - كوليه دى سانتير ٤ فقرة ١١٥ مكررة - ديمولوب

٢٦ فقرة ٦٣ .

(٢) أنظر المادة ٢٧٦ مدنى ، وسيأتى بيان ذلك . فلا يكون إذن ابعبار أحد محال الإلتزام التخييري شرطاً ما دام محقق الحصول ، بل هو أجل معين أو غير معين على حسب الأحوال (أنظر قريباً من هذا المعنى بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٥٢) .

(٣) أنظر بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٥٣ .

الالتزام من يبيع فرساً غير معين من خيوله الموجودة بالأصطبل ، أو يبيع بقرة غير معينة من قطع البقر الذى يملكه . فالمبيع فى جميع هذه الأحوال شئ غير معروف يؤخذ من بين أشياء معروفة .

والفرق بين أن يلتزم الشخص باعطاء شئ معين من بين أشياء معينة - وهذا هو الالتزام التخييرى - وبين أن يلتزم باعطاء شئ غير معروف من بين أشياء معروفة ، أن الأشياء محل الالتزام التخييرى هى أشياء معينة بذاتها ، كل شئ منها قد عين تعييناً كافياً حتى لا يختلط بغيره ، وأحد هذه الأشياء المعينة بالذات سيكون محل الالتزام إذا تم اختياره . أما فى الالتزام باعطاء شئ غير معروف من بين أشياء معروفة ، فإن هذه الأشياء المعروفة ليست معينة بذواتها كما هى معينة فى الالتزام التخييرى ، بل هى قد عينت بأنها الخيول التى فى الاصطبل دون أن تعين هذه الخيول فرساً فرساً ، أو هى قطع البقر الذى يملكه البائع دون أن تعين رؤوس هذا القطيع رأساً رأساً (١).

وينبئ على هذا الفرق أمور ثلاثة : (١) فى الالتزام بشئ غير معين بالذات ، إذا فرز فرس من الأصطبل أو بقرة من القطيع بعد إعدار المشتري ، ثم هلك الشئ المفرز ، فإن هلاكه لا يكون على المشتري ، بل يجب فرز فرس آخر أو بقرة أخرى لتسليمها إليه أما إذا اختير أحد محال الالتزام التخييرى ، ولم يسلمه المشتري بعد إعداره ، فإن الهلاك يكون عليه لا على البائع (٢) . (٢) فى الالتزام بشئ غير معين بالذات ، إذا فرز المبيع ، انتقلت ملكيته إلى المشتري من وقت الفرز لامن وقت البيع . أما فى الالتزام التخييرى ، فإنه إذا اختير محل الالتزام ، انتقلت ملكيته من وقت البيع لامن وقت الاختيار ، وسرى أن الاختيار يستند إلى الماعى (٣) . (٣) فى الالتزام بشئ غير معين بالذات ، إذا كان أحد الخيول مثلاً هو ملك المشتري ، ولكنه عندما فرز

(١) لاروسبيير م ٣ ١١٨٩ فقرة ٨ — ديمولومب ٢٦ فقرة ٣٥ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٥٤ — فقرة ١٠٥٥ .

(٢) قارب بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٦٥ .

(٣) لاروسبيير م ٣ ١١٨٩ فقرة ٧ — ديمولومب ٢٦ فقرة ٧ — فقرة ٨ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٥٤ من ٣١٢ .

ليكون هو القرض المبيع لم يعد ملكاً له ، فإن البيع يصبح . أما في الالتزام التخييري ، إذا باع شخص قرصاً من بين عدة خيول معينة بلداتها ، وكان أحدها ملكاً للمشتري ثم لم يعد ملكاً له ، واختير ليكون محلاً للالتزام ، فإن الالتزام لا يصبح لأن هذا المحل لم يكن قد توافرت فيه الشروط الواجبة وقت نشوء الالتزام إذ كان ملكاً للمشتري (١) .

§ ٢ - من له خيار التعيين ومصدر هذا الخيار

٩١ - **مع لم خيار التعيين** : رأينا أن العبارة الأخيرة من المادة ٢٧٥ مدني تقول : « ويكون الخيار للمدين ما لم ينص القانون أو يتفق المتعاقدان على غير ذلك » .

فاذا كان هناك التزام تخييري ، ولم يبين الطرفان من له الخيار ولم ينص القانون على ذلك ، فإن الخيار يكون للمدين لا للدائن . وهذا هو الأصل العام ، فإن الاتفاق عند الشك يفسر لمصلحة المدين (٢) .

(١) لاروسبيير ٣ م ١١٩٢ فقرة ١ - ديمولوب ٢٦ فقرة ١٢ - بودري وبارد ٢ فقرة ١٠٥٦ . ويقع كثيراً أن تعقد الشركات الكبيرة قروضاً في الأسواق العالمية ، فتصدر سندات وتتمتع بدفع رأس المال والأرباح بعملة مختلفة ، حتى يتهيأ للمقرضين حامل هذه السندات أن يقبضوا حقوقهم كل بعملة بلده ، فهل يعتبر التزام الشركة المقرضة في هذه الحالة التزاماً تخييرياً محالاً المصدرة هي هذه العملة المختلفة ؟ انقسم الفقهاء في هذه المسألة : ففريق يذهب إلى أن الالتزام بسيط ، وعمله هو مبلغ من النقود يحسب في كل بلد بعملة ، والدائن هنا هو الذي يختار عملة بلده (بارتان على أوبري ورو ٤ فقرة ٣٠٠ ص ٦٩ وهامش رقم ٣ كرر - بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٣٢٠ - بلانيول وريبير وجابول ٧ فقرة ١٠٥٠) . وفريق آخر يذهب إلى أن الالتزام تخييري إذ هو يقع على عملات مختلفة ، ولكن يستخلص من الظروف أن هناك اتفاقاً ضمنياً على أن يكون الخيار في هذا الالتزام للدائن لا للمدين ، أي لحامل السندات لا للشركة (أنسيكلوبيدي دالورز ٣ لفظ Obligation فقرة ٤٩ - دي باج ٣ فقرة ٢٧٦) . وسواء أخذ بالرأي الأول أو بالرأي الثاني ، فالنتيجة العملية واحدة ، إذ ينتهي الأمر إلى تفسير نية المتعاقدين وإعطاء الخيار للدائن ، وإنما يختلف الرأيان في التصور الفني للالتزام . (٢) بودري وبارد ٢ فقرة ١٠٥٨ . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا كان هناك خيار في دفع الثمن فوراً مع خصم معين أو دفعه إلى أجل ، فالخيار يكون للمدين لا للدائن ، ولا يجوز للدائن أو الوسيط أن يجبر المدين على الدفع فوراً (استئناف مختلطة ٢٠ مايو سنة ١٩٢٥ م ٢٧ ص ٤٣٩) .

ولكن يجوز أن يتفق الطرفان على أن يكون الخيار للدائن لا للمدين ، وهذا يقتضى اتفاقاً خاصاً فلا يصح افتراضه . على أن هذا الاتفاق قد يكون صريحاً أو ضمنياً ، فلا يشترط التقييد المدنى المصرى للاتفاق الصريح (١) .

كذلك يجوز ، إذا كان مصدر الخيار هو نص فى القانون ، أن يجعل النص الخيار للدائن لا للمدين . وقد فعل القانون ذلك عندما نصت الفقرة الثانية من المادة ٢٧٣ مدنى على أنه إذا أضعف المدين بفعله تأميناً خاصاً ، فللدائن الخيار بين أن يطالب باستيفاء حقه قبل حلول أجله أو أن يطالب بتكفلة التأمين (٢) . ففى هذا الالتزام التخييرى ينص القانون على أن الخيار للدائن .

ومتى كان الخيار للمدين فانه يستطيع أن يعرض الوفاء للحل الذى يختاره من محال الالتزام المتعددة ، ويكون عرضه صحيحاً . أما إذا كان الخيار للدائن فلا يستطيع المدين أن يعرض ما يختاره هو ، بل يجب عليه أن يعرض الوفاء بأى محل يختاره الدائن (٣) .

ولا نرى ما يمنع من أن يتفق الطرفان على أن يكون الخيار لأجنبى ، ويكون الأجنبى فى هذه الحالة إما خبيراً فنياً يستشير أحد الطرفين فيكون الخيار فى الحقيقة لهذا الطرف يستعمله بعد استشارة الخبير ، أو يكون الأجنبى غير منهم لأحد من الطرفين فيقرب من أن يكون حكماً بينهما يتفقان عليه عندما لا يستطيعان الاتفاق على أن يكون الخيار لأحد منهما . ويساعد على تقرير هذا الحكم أن نص التقنين المدنى المصرى لا يقول — كما تقول المادة ١١٩٠ من التقنين المدنى الفرنسى — إن الخيار للمدين ما لم يتفق المتعاقدان على أن يكون الخيار للدائن ، بل تقول إن الخيار للمدين ما لم يتفق المتعاقدان على غير ذلك (٤) .

(١) أما التقنين المدنى الفرنسى فقد نص فى المادة ١١٩٠ على أن يكون الاتفاق صريحاً ، وبالرغم من ذلك يلجأ بعض الفقهاء إلى جواز أن يكون الاتفاق ضمنياً (بيدان ولا جارد ٨ فقرة ٨٠١ — أنسكلويدى دالوز لفظ Obligation فقرة ٥٥ — دى باج ٣ فقرة ٢٧٨) .
(٢) انظر أيضاً المادة ١٠٤٨ فقرة أولى مدنى .

(٣) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٦٠ — فقرة ١٠٦١ .

(٤) أنظر فى إمكان أن يكون الخيار للغير فى القانون المدنى العراقى الأستاذ حسن الذنون فى أحكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى فقرة ١٧٧ .

٩٢ - مصدر الخيار : ويمكن أن نستخلص مما تقدم أن مصدر خيار التعيين إما أن يكون الاتفاق كما هو الغالب ، وإما أن يكون نصاً في القانون .

ففي الكثرة الغالبة من الأحوال يكون مصدر الالتزام التخييري العقد أو التصرف القانوني بوجه عام ، فيلتزم المدين بإرادته أن يؤدي للدائن شيئاً من أشياء متعددة . وعند ذلك يتكفل الاتفاق أو التصرف القانوني بتعيين من له الخيار ، المدين أو الدائن ، فإذا سكت عن هذا التعيين كان الخيار للمدين كما قدمنا .

وقد يكون مصدر الالتزام التخييري نصاً في القانون . وقد رأينا أن الفقرة الثانية من المادة ٢٧٣ مدني تنص على سقوط الأجل إذا كان المدين قد أضعف بفعله إلى حد كبير ما أعطى الدائن من تأمين خاص ، ولو كان هذا التأمين قد أعطى بعقد لاحق أو بموجب القانون ، هذا ما لم يؤثر الدائن أن يطالب بتكاملة التأمين . أما إذا كان لإضعاف التأمين يرجع إلى سبب لادخل لإرادة المدين فيه ، فإن الأجل يسقط ما لم يقدم المدين للدائن ضماناً كافياً (١) . ورأينا أن الفقرتين الأولى والثانية من المادة ١٠٤٨ مدني تطبقان هذه الأحكام على الرهن الرسمي فتتضمن على أنه « ١ - إذا تسبب الراهن بخطأه في هلاك العقار المرهون أو تلفه ، كان الدائن المرتهن مخيراً بين أن يقتضى تأميناً كافياً أو أن يستوفى حقه فوراً . ٢ - فإذا كان الهلاك أو التلف قد نشأ عن سبب أجنبي ولم يقبل الدائن بقاء الدين بلا تأمين ، كان المدين مخيراً بين أن يقدم تأميناً كافياً أو أن يوفى الدين فوراً قبل حلول الأجل » (٢) . وزى من ذلك أن هذه النصوص تنشئ التزامين تخييريين : (١) الالتزام الأول هو التزام المدين الذي أضعف بفعله ما أعطى الدائن من تأمين خاص ، فيلتزم إما بدفع الدين فوراً أو بتكاملة التأمين ، والخيار هنا للدائن بنص

(١) أنظر المذكرة الإيضاحية المشروع التمهيلي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٧ -

ص ٣٨ .

(٢) أنظر أيضاً المادة ١١٠٢ فقرة ثانية مدني في رهن الحيلزة .

القانون . (٢) والالتزام الثاني هو التزام المدين ، إذا كان إضعاف التأمين يرجع إلى سبب أجنبي ، يدفع الدين فوراً أو بتقديم تأمين كاف ، والخيار هنا للمدين بنص القانون كذلك (١) . وقد تقدم بيان هذا عند الكلام في الأجل (٢) .

(١) أنظر الأستاذ عبد الحى حجازى ١ ص ١٩٥ — وقارن ، فيما يتعلق بالتزام المدين بدفع الدين فوراً أو بتقديم تأمين إذا كان إضعاف التأمين يرجع إلى سبب أجنبي ، المذكورة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٧ و ص ٣١ ، حيث تفيد أن هذا الالتزام التزام بدل ، والصحيح أنه التزام تخيرى كتنظيره الذى ينشأ إذا كان إضعاف التأمين راجعاً إلى خطأ المدين ، ولكن الخيار في الالتزام الأول للمدين ، وهو في الالتزام الثاني للدائن .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٧٣ .

ومثل الالتزام التخييرى الذى مصدره القانون أيضاً ما قصت به المادة ٢٧٤ مدنى من أن المدين ، إذا غشى الدائن إفلاسه أو إصااره واستند في ذلك إلى سبب معقول ، يغير بين وفاء الدين فوراً أو بتقديم تأمين (أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٧ — ص ٣٨) . وانظر أمثلة أخرى للالتزام التخييرى الذى مصدره القانون في نص المادة ٤٢٥ مدنى (الثبن في البيع ، وتقابلها المادة ١٦٨١ من التفتين الفرنسى وهذه تنفيى التزاماً بدلياً لا التزاماً تخييراً) ، وفي نص المادة ١١٩ من التفتين التجارى (علم قبول الكيالة ، وتقابلها المادة ١٢٠ من التفتين التجارى الفرنسى وتنفيى التزاماً بدلياً لا التزاماً تخييراً) .

وقصت المادة ٩٢٤ مدنى بأن من يقيم منشآت على أرض غيره وهو يعلم أن الأرض ليست ملكه ، ويطلب صاحب الأرض استيفاء المنشآت ، فإن له أن يستبقيا مقابل دفع قيمتها مستعقة الإزالة أو دفع مبلغ يساوى ما زاد في ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت . فقد يقال أن في ذمة صاحب الأرض التزاماً تخييراً ، إما يدفع قيمة المنشآت مستعقة الإزالة ، أو يدفع ما زاد في ثمن الأرض . ولكن لما كان صاحب الأرض سيختار دون شك أقل هاتين القيمتين ، فالظاهر أن الالتزام هنا يعتبر التزاماً بسيطاً له محل واحد هو أقل القيمتين (أنظر بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٤٣) . ومثل هذا يقال فيما تنفيى به المادة ٩٢٥ مدنى ، في حالة ما إذا كان من أقام المنشآت على أرض غيره حسن النية ، من أن صاحب الأرض له أن يستبقى المنشآت ، ويغير بين أن يدفع قيمة المواد وأجرة العمل ، أو أن يدفع مبلغاً يساوى ما زاد في ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت — وفيما تنفيى به بوجه عام المادة ١٧٩ مدنى ، من أن المثرى على حساب غيره يلتزم بدفع أقل القيمتين ، قيمة ما أثرى به وقيمة ما اختصر به الدائن .

الفرع الثانى

أحكام الالتزام التخييرى

٩٣ - تعيين المحل الواجب الأداء وتحمل التبعة : يثير الالتزام التخييرى من ناحية ما يجب أن يسرى عليه من أحكام ، مسألتين : (١) كيف يتم تعيين المحل الواجب الأداء من بين المحال المتعددة للالتزام . (٢) ماذا يكون الحكم لو أن بعض هذه المحال أو كلها هلك قبل أن يتم اختيار المحل الواجب الأداء .

فتتكمّل إذن فى تعيين المحل الواجب الأداء وفى أحكام الهلاك .

٥ ١ - تعيين المحل الواجب الأداء

٩٤ - النصوص القانونية : تنص المادة ٢٧٦ من القانون المدنى على ما يأتى :

- « ١ - إذا كان الخيار للمدين وامتنع عن الاختيار ، أو تعدد المدينون ولم يتفقوا فيما بينهم ، جاز للدائن أن يطلب من القاضى تعيين أجل يختار فيه المدين أو يتفق فيه المدينون ، فإذا لم يتم ذلك تولى القاضى بنفسه تعيين محل الالتزام » .
- « ٢ - أما إذا كان الخيار للدائن وامتنع عن الاختيار ، أو تعدد الدائنون ولم يتفقوا فيما بينهم ، عين القاضى أجلا إن طلب المدين ذلك ، فإذا انقضى الأجل انتقل الخيار إلى المدين (١) » .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٤٠٠ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « إذا كان الخيار للمدين وامتنع عن الاختيار ، جاز للدائن أن يطلب من القاضى تحديد أجل المدين يختار فيه ، حتى إذا لم يفعل قولى القاضى بنفسه تعيين محل الالتزام . ٢ - أما إذا كان الخيار للدائن وامتنع عن الاختيار ، حدد القاضى له أجلا إن طلب المدين ذلك ، فإذا انقضى الأجل انتقل الخيار إلى المدين » . وفى لجنة المراجعة عدلت المادة ، بناء على طلب محكمة مصر ، النص على حالة تعدد المدينين أو تعدد الدائنين ولم يتفقوا على الاختيار ، وأصبح النص بعد -

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق (١).

ويقابل هذا النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في المدني التقنين السوري المادة ٢٧٦ ، وفي التقنين المدني الليبي المادة ٢٦٣ ، وفي التقنين المدني العراقي المادتين ٢٩٩-٣٠٠، وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المواد ٥٧ - ٦٠ و ٦٤ - ٦٥ (٢).

= التعديل مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد، وأصبحت المادة رقمها ٢٨٨ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل ، وكذلك مجلس الشيوخ تحت رقم ٢٧٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٠ و ص ٤٢) .

(١) لم يكن التقنين المدني السابق يشتمل على نص يبين الحكم فيما إذا رفض من له الخيار ، مدنياً كان أو دائناً ، أعمال حق خياره ، أو كان من لم له الخيار متصددين ولم يتفقوا على أمر واحد . لذلك كان الحكم موكولاً إلى تطبيق القواعد العامة ، وتقضى هذه بأن يوكل أمر التعيين إلى القضاء . وقد ورد في الموجز للولف (ص ٥٠٢) في هذا الصدد ما يأتي : « فإذا انقضت مدة الخيار دون أن يستعمله صاحبه ، جاز للطرف الآخر أن يرفع الأمر إلى القضاء ، فيجبر من له حق الخيار على استعماله أو يقوم القضاء مكانه في ذلك » . أنظر أيضاً : والتون ٢ ص ٣٧٦ - الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٦٩٢ - بودري وبارد ٢ فقرة ١٠٧١ - فقرة ١٧٠٣ - استئناف مخطط ٢٧ مارس سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١٨٣ .

أما التقنين المدني الجديد فيقضى بهذا الحل ، كما رأينا ، في حالة ما إذا كان الخيار للمدين ولم يحتر أو تعدد المدينون ولم يتفقوا فيما بينهم . أما إذا كان الخيار للدائن ولم يحتر أو تعدد الدائنون ولم يتفقوا فيما بينهم ، فإن التقنين المدني الجديد يقضى بأن ينتقل الخيار في هذه الحالة إلى المدين . وانتقال الخيار إلى المدين يقتضى نصاً خاصاً ، ومن ثم يكون هذا الحكم مستحدثاً فلا يسرى إلا على الالتزامات التخيرية التي نشأت منذ ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ .

ويقضى التقنين المدني الألماني (م ٢٦٤) بأنه إذا لم يستعمل صاحب الخيار - دائناً كان أو مديناً - حقه في الخيار ، انتقل الخيار إلى الطرف الآخر .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٢٧٦ (مطابقة المادة ٢٧٦ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني الليبي م ٢٦٣ (مطابقة المادة ٢٧٦ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٢٩٩ : ١ - يلزم في خيار التعيين تحديد المدة التي يكون فيها الخيار .

٢ - فإذا كان الخيار للمدين وامتنع من الاختيار في المدة المحددة ، جاز للدائن أن يطلب من المحكمة أن تتولى بنفسها تعيين محل الالتزام . أما إذا كان الخيار للدائن وامتنع من الاختيار انتقل الخيار إلى المدين .

م ٣٠٠ : خيار التعيين ينتقل إلى الوارث .

(والتقنين المدني العراقي يتفق في أحكامه مع أحكام التقنين المدني المصري ، غير أن التقنين =

المراق لم يورد الحكم فيما إذا كان من لم حق الخيار متعددين ولم يتفقوا فيما بينهم، والظاهر أن الحكم الذي أورده التقنين المصري هو الذي يسرى في هذه الحالة. كذلك نص التقنين العراقي صراحة على أن خيار التقنين ينتقل إلى الوراث، وهذا هو حكم الفقه الإسلامي، وهو حكم يتفق مع تطبيق القواعد العامة في مصر — أنظر في القانون المدني العراقي المادة ١٦٧ — فقرة ١٧١.

تقنين المواجهات والمقود البناني: م ٥٧ — يتم الاختيار بمجرد إخبار الفريق الآخر، وعندما يتم بعد الشيء المختار كأنه موضوع الموجب في الأصل.

م ٥٨ — أما إذا كان للموجب مواضيع اختيارية تستحق الاداء في آجال موقوتة (*prestations périodiques portant sur des objets alternatifs*)، فإن اختيار أحدها في أجل لا يمنع صاحب الحق من اختيار غيره في أجل آخر، إذا كان لا يتحصل العكس من الصك الأساسي أو المادة المأثورة أو ما يرجع أنه ميثقة الطرفين.

م ٥٩ — إذا توفي الفريق الذي له حق الاختيار قبل أن يختار فإن حقه ينتقل إلى ورثته، وإذا أعلن عجزه (*si elle tombe en état d'insolvabilité déclarée*) يصبح حق الاختيار لجامعة الدائنين (*masse des créanciers*). وإذا لم يتفق الوراثون أو الدائنون، كان للفريق الآخر أن يطلب تحديد مهلة لم حتى إذا انقضت أصبح حق الاختيار لهذا الفريق. م ٦٠ — تبرأ ذمة المدينون بأداء أحد الأشياء الموعود بها، لكنه لا يستطيع إجبار الدائن على قبول جزء من هذا الشيء وجزء من ذلك. ولا يحق للدائن أن يطلب إلا أداء أحد الأشياء برمته، ولا يستطيع إجبار المدين على التنفيذ بأداء جزء من هذا وجزء من ذلك.

م ٦١ — إذا امتنع المدينون عن الاختيار، أو كان ثمة مديونون لم يتفقوا على الاختيار، حق الدائن أن يطلب من القاضي تحديد مهلة لم وتعيين الشيء الذي يجب أدائه إذا لم يختاروا في خلال هذه المهلة. م ٦٢ — إذا كان الاختيار من حق الدائن وكان متأخراً عنه، حق للفريق الآخر أن يطلب تعيين مهلة كافية للدائن ليتمكن من الجزم في الأمر، فإذا انقضت المهلة قبل وقوع اختياره أصبح هذا الحق للمدينون.

(وهذه النصوص وما تشتمل عليه من تفصيلات تتفق في مجموعها مع أحكام التقنين المصري، بعضها نص عليه هذا التقنين، وبعضها لا حاجة فيه إلى النص إذ يمكن استخلاصه من تطبيق القواعد العامة. لكن يلاحظ على نصوص التقنين البناني أركان: (١) قيام تناقض بين المادة ٥٩ وتقضى بأنه في حالة عدم اتفاق ورثة المدين أو دائنيه على اختيار على الالتزام ينتقل حق الخيار للدائن، وبين المادة ٦٤ وتقضى بأنه في حالة رفض المدين اختيار على الالتزام أودع اتفاق المدينين المتعدين على اختياره يتولى القاضي تعيينه. (٢) تقضى المادة ٥٩ بأنه إذا شتر إحصار الطرف الذي له حق الاختيار، فإن حقه في الاختيار ينتقل إلى جامعة الدائنين (*masse des créanciers*). وغنى عن البيان أن هذا إذا أمكن تصوره في الإفلاس حيث تندمج جامعة الدائنين في اتحاد (*masse*) يمثلها السنديك، فإنه لا يمكن تصوره في الإحصار إذ الدائنون لا يتنجسون في اتحاد ولا يمثلهم سنديك. ولكن التقنين البناني صريح في أن حق الاختيار في حالة الإحصار يكون لجامعة الدائنين، فيجب التسليم بأن هذا الحق ينتقل إليهم جميعاً، فإن لم يتفقوا بعد تحديد مهلة لم انتقل الحق إلى الطرف الآخر كما تذكر المادة ٥٩).

فأما إذا كان الخيار للمدين وحالة ما إذا كان الخيار للدائن . وسواء كان الخيار للمدين أو للدائن ، فإن التعيين متى تم يستند إلى الماضي ، فيعتبر الالتزام التخييري منذ البداية التزاماً بسيطاً ذا محل واحد هو المحل الذي تم اختياره . فتتكلم في كل من هذه المسائل الثلاث .

٩٥ — **التعيين أو إرادة الخيار للتعيين** : إذا كان الخيار للمدين ، فإنه يستعمل خياره ، وفقاً للقواعد العامة ، بإعلان إرادته في أنه اختار محلاً معيناً من المحال المتعددة لالتزامه التخييري . وهذه الإرادة تعتبر تصرفاً قانونياً من جانب واحد ، وهي ككل إرادة لا تحدث أثرها إلا إذا وصلت إلى علم الدائن (م ٩١ مدني) . وقبل وصولها إلى علم الدائن يستطيع المدين أن يعدل عنها إلى إرادة أخرى يختار بها محلاً آخر ، بشرط أن تصل هذه الإرادة الأخرى إلى علم الدائن قبل وصول الإرادة الأولى . وكل هذا إنما هو تطبيق للقواعد العامة (١) . كذلك يستطيع المدين أن يكشف عن إرادته في تعيين المحل الواجب الأداء في عن طريق التنفيذ . فهو متى عمد إلى تنفيذ محل من المحال المتعددة لالتزامه التخييري ، اعتبر هذا التنفيذ — ولو كان تنفيذاً جزئياً — بمثابة إعلان عن إرادته الاختيار . ويتعين على هذا النحو المحل الواجب الأداء ، ولا يجوز عندئذ للمدين إلا أن يعض في التنفيذ ما دام قد بدأه ، ولا يستطيع العدول عن تنفيذ محل إلى تنفيذ محل آخر . وكالتنفيذ الفعلي العرض الحقيقي ، فإذا عرض المدين على الدائن عرضاً حقيقياً ، وفقاً للإجراءات المقررة ، أحد محال الالتزام التخييري ، اعتبر هذا العرض إعمالاً لحق الخيار . وحتى لو رجع المدين في العرض ، بقي التعيين قائماً ، باعتبار أن العرض قد تضمن التعيين النهائي لمحل الالتزام (٢) .

(١) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التفسيرية ٣ ص ٣٨ — ص ٣٩ . ولا محل للبحث فيما إذا كان يجوز لدائن المدين استعمال حقه في الخيار إذا امتنع هو عن استعماله ، فالقانون يقضى بأن القاضي في هذه الحالة يتولى الاختيار بنفسه . ولكن يجوز لدائن المدين أن يطعنوا بالدعوى البولسية في اختيار المدين — والاختيار تصرف قانونى مفقود — إذا توافق مع الدائن إضراراً بحقوقهم وتوافرت شروط الدعوى البولسية الأخرى .

(٢) أنظر عكس ذلك بوردى وبارد ٢ فقرة ١٠٧٩ . ذلك أن الفقه الفرنسى يذهب إلى أن المدين لا يستطيع استعمال خياره إلا عن طريق تنفيذ أحد محال الالتزام ، ولا يمكن أن يعلن =

= إرادته في الاختيار دون أن يسلم إلى الدائن ما اعتباره، حتى لا تنتقل ثمة الهلاك إلى الدائن بمجرد إعلان المدين إرادته في اختيار محل الالتزام ، فإن ثمة الهلاك فيما يجب قتل ملكيته ، في القانون الفرنسي ، تكون على الدائن حتى قبل التسليم متى انتقلت إليه الملكية . والفقهاء الفرنسي ، في مذهبه هذا ، يعتبر أن التغيير في الالتزام التخييري ينطوي على ضرب من الضمان الدائن ينطبق به أن يحصل ثمة هلاك الشيء ، فينبغي أن يؤول هذا الضمان ثمرته ، ولا تنتقل ثمة الهلاك إلى الدائن إلا إذا تسلم فعلا الشيء الواجب الأداء . ومن ثم لا يستطيع المدين أن يعمل اختياره لهذا الشيء إلا من طريق التنفيذ للفعل ، بأن يسلم الدائن الشيء الذي وقع عليه اختياره (لارومبيير ٣ م ١١٩٠ فقرة ٣ — ديمولومب ٢٦ فقرة ٤٨ — كولييه دي سائيريه ١٢٤ فقرة ١٢٤ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٦٢ — بلانيول وريبير وجابول ٧ فقرة ١٠٤٩ — بيلان ولاجارد ٨ فقرة ٨٠١ ص ٥٨٨ — دي بلج ٣ فقرة ٢٧٩ — فقرة ٢٨٠ — عكس ذلك : هيك ٧ فقرة ٢٩١ — لوران ١٧ فقرة ٢٢٢) . وفي من البيان أن هذه الاعتبارات لا تقوم في القانون المصري ، فثمة الهلاك قبل التسليم لا تنتقل إلى الدائن عندئذ حتى لو انتقلت إليه ملكية الشيء . فالقول بأن المدين يستطيع أن يختار بإعلان إرادته وقبل التسليم ليس من شأنه ، في القانون المصري ، أن ينقل ثمة الهلاك إلى الدائن ، بل تبقى الثمة على المدين حتى يتم التسليم . ومن ثم لا يوجد محظور في القانون المصري ، كما وجد في القانون الفرنسي ، من القول بأن المدين يستطيع أن يجعل الخيار عن طريق إعلان إرادته ، فلا تزال ثمة الهلاك بمد ذلك عليه ، وهذا يتوافق الدائن الضمان المنشود من الالتزام التخييري . هذا إلى أن القول بإمكان استعمال الخيار عن طريق إعلان المدين لإرادته هو الذي يتفق مع القواعد العامة، وقد أخذ به التفتين المدف الألمان (٢٦٣ م) والتفتين المدف الأسبانيول (١١٣٣ م) . ويثير بودرى وبارد في هذه المناسبة مسألة تعيين المثل في الالتزام بشيء غير معين بالذات (*obligation de genre*) ، فهل يتعين بالفرز وتنتقل الملكية من هذا الوقت ومنها ثمة الهلاك (في القانون الفرنسي) إلى الدائن ، أو لا يتعين المثل إلا بالتسليم فلا تنتقل الملكية وثمة الهلاك إلا من ذلك الوقت ؟ فالتائلون بأن المثل يتعين بالفرز يسلمون بأن الالتزام يتحول قبل تنفيذه إلى التزام بشيء معين بالذات ، والتائلون بأن المثل يتعين بالتسليم يابون أن يتحول الالتزام ما دام قائماً من طبيعته فيصبح التزاماً بشيء معين بالذات (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٦٦ — ويذهب إهرنج : أمثال مختارة ١ ص ١٤١ — إلى أن المثل لا يتعين إلا بالتسليم . ولكن الفقهاء الألمان به إهرنج ذهبوا إلى أن الفرز هو الذي يعين المثل ولو تم قبل التسليم : بودرى وبارد ٢ ص ٢١٨ هامش رقم ٣) . ومهما يكن من أمر فإن مسألة تعيين محل الالتزام بشيء غير معين بالذات غير مسألة تعيين محل الالتزام التخييري، ولا يضمّن أن تقاس المسألة الثانية على المسألة الأولى . فقد يصح أن يقال إن الالتزام بشيء غير معين بالذات يبق على طبيعته ما دام التزاماً قائماً، أما الالتزام التخييري فلا يوجد مانع من وقوعه على محل معين بالذات، فلو كان هذا المحل معين بالذات هو الذي وقع عليه الاختيار، لم يكن من شأن هذا التحديد أن يقلب طبيعة الالتزام ، فالالتزام منذ البداية محله معين بالذات . على أن إهرنج ، وهو القائل بوجوب التسليم لتعيين محل الالتزام بشيء غير معين بالذات ، يقول في الوقت نفسه إن إعلان المدين إرادته يمكن لتعيين محل الالتزام التخييري (أنظر بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٦٦ ص ٢٢٠ — ص ٢٢١) .

ويطلب أن يحدد الطرفان ميعاداً يستعمل في خلاله الخيار . بل إن التقنين المدني العراقي يوجب تحديد ميعاد ، فإن الفقرة الأولى من المادة ٢٩٩ من هذا التقنين تنص على أنه « يلزم في خيار التعيين تحديد المدة التي يكون فيها الخيار » . فإذا حدد ميعاد ، وجب أن يعلن المدين اختياره فيه ، فإذا انقضى الميعاد دون أن يعلن المدين اختياره ، تولى القاضي الاختيار على النحو الذي سنبينه . أما إذا لم يحدد ميعاد للاختيار ، فيكون للدائن ، إذا لم يعمل المدين حق خياره في وقت معقول (١) ، أن يلجأ إلى القاضي ليحدد أجلاً للمدين يختار فيه ، بحيث إذا انقضى هذا الأجل ولم يختار المدين ، تولى القاضي الاختيار بنفسه كما سيأتي .

وعلى أية صورة أعمل المدين حق الخيار ، فإن خياره يجب أن يقع على واحد من المحال المتعددة للالتزام التخييري ، ولا يجوز أن يعدوها جميعاً إلى شيء آخر . ويجب ، إلى ذلك ، أن يختار واحداً بأكمله من هذه المحال ، فلا يجوز أن يختار جزءاً من أحدها وجزءاً من محل آخر ، فإن هذا التلقيق تأباه طبيعة الالتزام التخييري . وقد نص التقنين المدني الفرنسي على هذا الحكم ، إذ تقول المادة ١١٩٩ من هذا التقنين : « يستطيع المدين الوفاء بالتزامه بتسليمه أحد الشيئين المتعهد بهما ، ولكنه لا يستطيع إجبار الدائن أن يتسلم جزءاً من أحد هذين الشيئين وجزءاً من الشيء الآخر » (٢) . وهذا الحكم بدیهي ، ويمكن استخلاصه من تطبيق القواعد العامة دون حاجة إلى نص (٣) .

وإذا كان الالتزام التخييري التزاماً زمنياً أو التزاماً ينفذ في آجال دورية ،

(١) المرجع المؤلف فقرة ٤٩٥ ص ٥٠٢ الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٦٩٣ .
(٢) وهذا هو النص في أصله الفرنسي : *Le débiteur peut se libérer : art. 1199 : en délivrant l'une des deux choses promises, mais il ne peut pas forcer le créancier à recevoir une partie de l'une et une partie de l'autre.*

وانظر أيضاً المادة ٦٠ من تقنين الموجبات والعقود الباقى .

(٣) وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ما يأتى : « وقد عني التقنين البولونى بقراره حكم آخر .. فنص في الفقرة الثانية من المادة ٢٢ على أنه لا يجوز للدائن أو المدين أن يقتصر على الوفاء بشئ من أحد محل التخيير وشئ من المحل الآخر : انظر كذلك المادة ١١٩١ من التقنين الفرنسى والمادة ٦٠ من التقنين البنىافى والمادة ١٢١ من المشروع الفرنسى الإيطالى والمادة ٥٦/٤٦ من التقنين التونسى والمراكشى والمادة ١١٧٧ من التقنين الإيطالى » (مجموعة الأعمال التصديرية ٣ ص ٣٨) .

كما إذا تعهد مورد الأغذية أن يورد أغذية لإحدى المدارس أو لأحد المستشفيات في مواعيد دورية ، على أن يترك له الخيار في توريد صنف أو أكثر من أصناف متعددة من الأغذية ، فإنه يجوز للمورد أن يختار أصنافاً معينة في أجل من هذه الآجال الدورية ، ثم يختار أصنافاً أخرى غير الأصناف التي اختارها أولاً في أجل آخر ، وهذا ما لم يتبين من إرادة الطرفين أو من ظروف التعاقد أنه متى اختار صنفاً معيناً في أجل تقيد به في الآجال التالية . وهذا الحكم أيضاً بلديهي يمكن استخلاصه دون نص من تطبيق القواعد العامة ، وقد نص عليه صراحة تقنين الموجبات والعقود اللبناني (١).

وإذا مات المدين قبل أن يعمل خياره ، انتقل حق الخيار إلى الورثة ، وليس في هذا إلا تطبيق للقواعد العامة (٢). وقد نص على هذا الحكم صراحة كل من التقنين المدني العراقي (م ٣٠٠) وتقنين الموجبات والعقود اللبناني (م ٥٩) . وإذا تعدد المدينون ، سواء عن طريق تعدد الورثة أو بأن كان المدينون في الأصل متعددين ، وجب أن يتفق الجميع على اختيار أحد محال الالتزام التخييري . فإذا لم يتفقوا ، اعتبروا في حكم الممتنعين عن إعمال حق الخيار .

وحكم امتناع المدين عن إعمال حق الخيار هو ما قرره العبارة الأخيرة من الفقرة الأولى من المادة ٢٧٦ مدني (٣): أن يتولى القاضى بنفسه تعيين محل الالتزام فالدائن يطلب إلى القاضى أولاً تعيين أجل يختار فيه المدين أو يتفق فيه المدينون إذا تعددوا أصلاً أو تعددت الورثة . فإذا انقضى هذا الأجل دون أن يختار المدين أو دون أن يتفق المدينون أو الورثة ، تولى القاضى بنفسه اختيار المحل الواجب الأداء ، مسترشداً في ذلك بإرادة الطرفين المشتركة ، وبخاصة إرادة المدين إذا

(١) أنظر المادة ٥٨ من هذا التقنين . وأنظر : تولى ٦ فقرة ٦٩٣ - ديمولوب ٢٦ فقرة ٥٢ - لوران ١٧ فقرة ٢٤٤ - هيك ٧ فقرة ٢٩١ - أوبري ورو ٤ فقرة ٣٠٠ ص ٧٠ - بودي وبارد ٢ فقرة ١٠٨٠ - وقارن ديرانتون ١١ فقرة ١٤١ .
(٢) وقد رأينا أن خيار التعيين في الفقه الإسلامي ينتقل إلى الورثة بعد موت المدين (أنظر آنفاً فقرة ٨٤ في الهامش) .

(٣) أنظر أيضاً المادة ٦٤ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني ، وقارن المادة ٥٩ من نفس التقنين .

كان يستطيع وحده أن يفرد بالاختيار ولم يفعل ، ومسترشداً أيضاً بظروف التعاقد وبغير ذلك من الملابسات . ولا ينتقل الخيار هنا إلى الدائن ، حتى لا يوضع المدين تحت رحمته (١). وهذا بخلاف ما إذا كان الخيار للدائن وأبى أن يعمل حقه فيه ، فسنرى أن الخيار في هذه الحالة ينتقل إلى المدين ، إذ يفترض من تحكم المدين ما لا يفترض من تحكم الدائن (٢).

٩٦ - التبيين إذا كان الخيار للمريض : وما قدمناه من الأحكام

فما إذا كان الخيار للمدين يسرى ، فيما عدا مسائل قليلة ، على الحالة التي يكون فيها الخيار للدائن ، إذا كان مشترطاً مثلاً ، واحتفظ لنفسه بحق اختيار شيء اشتراه من بين عدة أشياء ، بأن تكون هذه الأشياء من أصناف أو أحجام أو

(١) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٧١ - فقرة ١٠٧٣ - والثون ٢ ص ٣٧٦ - الموجز المؤلف فقرة ٤٩٥ ص ٥٠٢ - ويرى بيدان ولاجارد (جزء ٨ فقرة ٨٠١ ص ٥٨٨) أنه في حالة تعدد الورثة يؤخذ أولاً بأغلبية الآراء ، فإن لم توجد أغلبية تولى القاضي التمين . ويقضى التقتين المدني الألماني (م ٢٦٤) كما رأينا بأن الخيار ينتقل إلى الدائن .

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في خصوص نص المادة ٢٧٦ مدني ما يأتي : « يتناول هذا النص حكم امتناع من يعهد إليه بالاختيار عن استعمال حقه . فإذا كان الخيار للمدين وامتنع عن الإفصاح عن رأيه ، ضرب له القاضي أجلاً يختار فيه . وللقاضي أن يمين في الحكم نفسه ما يلزم المدين بالوفاء به من بين ما يرد التخيير عليه ، فيما لو امتنع المدين عن الاختيار في هذا الأجل . وقد يفترض بأن القاضي في هذا الوضع يخرج من حدود المألوف في وظيفته ، ويقع نفسه مقام المدين في تنفيذ العقود ، بل وفي تكوين بعضها ، إذا اقتضت ذلك ضرورة قاهرة أو ملحة . والحق أن تدخل القاضي في هذه الحالة بمضوضها حتى لا يحبس عنه ، فليس في الوسخ خلط حق الخيار من المدين وإسناده إلى الدائن ، لأن ذلك يقضى إلى تحكم الثاني في الأول خلافاً لما تقتضيه به قاعدة ترجيح جانب المدين عند الشك . أما إذا كان الخيار ، على نقيض ذلك ، موكولا إلى الدائن وامتنع عن مباشرة هذا الحق ، حتى في الأجل الذي حدده القاضي له ، فليس ثمة ما يحول دون إسناد الخيار إلى المدين . هذا وقد يتعد من يعهد إليهم بالخيار ، كما هو الشأن في تعدد المدينين أو خلفاء المدين ، أو تعدد الدائنين أو خلفاء الدائن ، وفي هذه الحالة يمين اتفاق أولئك أو هؤلاء جميعاً على الخيار وإلا تولاه القاضي . وقد استظهرت الفقرة الثالثة من المادة ١٢٢ من المشروع الفرنسي الإيطالي هذا الحكم فنصت على أنه « إذا كان الخيار لأشخاص متعددين ، فللقاضي أن يضرب لهم أجلاً لاتفاق وإعلان اختيارهم ، فإن لم يملئوا ذلك في خلال الأجل المحدد ، تولى القاضي الاختيار » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤١) .

أو ألوان مختلفة ويريد أن ينفق الصنف أو الحجم أو اللون الذي يلائمه . فيستطيع أن يعمل خياره عن طريق إرادة يعلنها إلى المدين ، وتحدث أثرها عندما تصل إلى علم المدين فيتعين المحل الواجب الأداء . وله أن يرجع فيها ، ويحل محل الاختيار الأول اختياراً آخر إذا وصل هذا الاختيار الآخر إلى علم المدين قبل وصول الاختيار الأول . وبمجرد أن تصل إرادة الدائن إلى علم المدين ، فإن المدين يصبح في حل من التصرف في سائر محال الالتزام التي لم يقع عليها اختيار الدائن ، ولا يحتجز الدائن إلا المحل الذي وقع عليه الاختيار (١) .

كذلك يستطيع الدائن أن يعمل حقه في الخيار عن طريق التنفيذ الفعلي ، بأن يقبض من المدين محلاً معيناً من المحال المتعددة أو يطالبه بأداء محل معين . ويعتبر التنفيذ الجزئي - بأن يقبض جزءاً من محل معين مثلاً - بمثابة التنفيذ الكلي من حيث إعمال حق الخيار ، فلا يستطيع الدائن بعد أن قبل التنفيذ الجزئي في محل معين إلا أن يعضي في التنفيذ إلى غايته في نفس هذا المحل . ولا بد أن يختار الدائن في الميعاد المحدد إذا حدد ميعاد ، وإلا ففي ميعاد معقول . فإن امتنع عن الاختيار ، جاز للدائن أن يلجأ إلى القضاء على الوجه الذي سنبيته .

كذلك يجب أن يختار الدائن محلاً من المحال المتعددة للالتزام التخيري ، فلا يختار شيئاً آخر خارجاً عن هذا النطاق . وليس له أن يختار جزءاً من محل وجزءاً من محل آخر ، حكاه في ذلك حكم المدين الذي يكون له الخيار .

وإذا كان الالتزام التخيري زمنياً أو ينفذ في آجال دورية ، جاز للدائن - المدرسة أو المستشفى في مثل مورد الأغذية التي سبق إirاده - أن يختار صنفاً في أجل وصنفاً آخر في أجل بعده ، على النحو الذي يبيانه في حالة ما إذا كان الخيار للمدين .

(١) والفقهاء الفرنسي هنا يسلم بجواز أن يعمل الدائن حق الخيار عن طريق إعلان إرادته ، فإن امتناع هذا الطريق على المدين إذا كان هو الذي له الخيار إنما تقرر رعاية لمصلحة الدائن حتى لا يكون هناك انتقاص لقضاء الذي قصد إليه من الالتزام التخيري ، أما إذا كان الدائن هو الذي له الخيار واختار عن طريق إعلان إرادته فلا بد أن يكون قد اختار طريقاً لا يتعارض مع مصلحته (لوران ١٧ فقرة ٢٣٧ - بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٦٧ - ومع ذلك أنظر ديمولومب ٦٢ فقرة ٤٩ - وقارن كذلك أنسيكلويدى دالوز ٣ لفظ obligation فقرة ٥٥) .
(م ١١ - الوسيط)

وإذا مات الدائن انتقل الخيار لورثته . وإذا تعدد الدائنون أو تعددت الورثة وجب أن يتفق الجميع على اختيار شيء واحد ، وإلا عدوا ممتنعين عن استعمال حق الخيار .

وحكم امتناع الدائن عن استعمال حق الخيار هو ما قرره العبارة الأخيرة من الفقرة الثانية من المادة ٢٧٦ (١) : أن ينتقل الخيار إلى المدين . فالمدين يطلب من القاضى أولاً أن يعين أجلاً يختار فيه الدائن ، أو يتفق فيه الدائنون المتعدون أو الورثة ، فإذا انقضى الأجل دون أن يختار الدائن أو دون أن يتفق الدائنون المتعدون أو الورثة ، فهنا - خلافاً للحالة التي يكون فيها الخيار للمدين على ما قلنا - ينتقل الخيار من الدائن إلى المدين ، وهذا بموجب نص صريح في التقنين المسمى المصري (٢). ولو لم يوجد هذا النص ، لما أمكن تقرير هذا الحكم ، ولوجب - كما هو الأمر في القانون الفرنسي (٣) - أن يتولى القاضى هنا أيضاً الاختيار بنفسه (٤).

ويلاحظ أن الخيار إذا كان لأجنبي ، طبقت في حقه الأحكام المتقدمة . لكن إذا امتنع الأجنبي عن الخيار ، تولى القاضى الاختيار بنفسه تطبيقاً للقواعد

(١) أنظر أيضاً المادة ٦٥ من تقنين الموجبات والقيود البناني .

(٢) وقد زل التقنين المصري الجديد في ذلك عند القاعدة التي تنص بأن يكون التفسير عند الشك في مصلحة المدين ، كما زل عند هذه القاعدة ذاتها عندما قضى بأن يكون الخيار للمدين إذا لم ينص المبدأ أو القانون على من يكون له الخيار (الأستاذ عبد الحى حجازى ١ ص ١٩٦) .

(٣) بودى وبارد ٢ فقرة ١٠٧٢ - قارن لوران ١٧ فقرة ٢٣٩ - حكم ذلك ديمولومب ٢٦ فقرة ٤١ .

(٤) وكان القاضى هو الذى يتولى الاختيار بنفسه في عهد التقنين المسمى السابق وقد خلا هذا التقنين من نص على انتقال الخيار من الدائن إلى المدين (أنظر الموجز للمؤلف فقرة ٤٩٥ ص ٥٠٢ - الأستاذ أحمد حشمت أبو سنيت فقرة ٦٩٣ ، وأنظر آنفاً فقرة ٩٤ في الهامش) . وقد سبق أن ذكرنا أن العبرة في سريان التقنين الجديد بوقت نشوء الالتزام ، فإن نشأ الالتزام التخييري الذى يكون فيه الخيار للدائن قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، وامتنع الدائن عن إعمال حقه في الخيار ولو وقع الامتناع بعد هذا التاريخ ، فالتقنين السابق هو الذى يسرى ويتولى القاضى تعيين محل الالتزام بنفسه . أما إذا نشأ الالتزام في وقت غير سابق على ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، فالتقنين الجديد هو الذى يسرى وينتقل الخيار من الدائن إلى المدين (أنظر آنفاً فقرة ٩٤ في الهامش) . وقد قلنا أن التقنين المسمى الألماني (م ٢٦٤) يجعل الخيار ينتقل من الدائن إلى المدين ومن المدين إلى الدائن على حد سواء .

العامة ، ولا ينتقل الخيار إلى المدّين لأن انتقال الخيار إلى من ليس له حق الخيار يقتضى نصّاً خاصاً ، فإن لم يوجد النص وجب أن يتولى القضاء الاختيار .

٩٧ - استناد تعيين المحل إلى الماضي : وأياً كان الشخص الذى

يثبت له حق الخيار ، فإنه متى أعمل حقه واختار المحل الواجب الأداء على النحو الذى قدمناه ، صار هذا المحل وحده هو محل الالتزام ، وانقلب الالتزام التخييرى التزاماً بسيطاً ذا محل واحد هو المحل الذى وقع عليه الاختيار (١) .

ويستند هذا التعيين بأثر رجعى إلى الماضي ، أى أن المحل الذى وقع عليه الاختيار يعتبر منذ نشوء الالتزام هو المحل الوحيد ، ويعتبر الالتزام بسيطاً لا تخييراً منذ نشوئه لا منذ إعمال حق الاختيار . وليس هذا الاستناد إلى الماضي

(١) وقد يقع من له حق الاختيار — المدّين أو الدائن — فى غلط ، فيؤدى أو يستأدى شيئاً وهو جاهل أن له حق الخيار فى تأدية أو استثناء هذا الشيء أو فى تأدية أو استثناء شيء آخر غيره .

فيقع الغلط من المدّين فيما إذا كان وارثاً مثلاً لمدّين بالتزام تخييرى وهو يعتقد أن التزام مورثه الالتزام بسيط ذو محل واحد ، فيؤديه للدائن ، ثم ينكشف له الغلط . فى هذه الحالة يجوز له — إذا اختار أن يؤدى الشيء الآخر — أن يسترد من الدائن الشيء الذى سبق له تأديته فى مقابل أن يؤدى له الشيء الذى اختار أدائه (تولىبه ٦ فقرة ٦٩٢ — ديپولومب ٢٦ فقرة ٥٤ بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٨١) . حل أن الدائن إذا كان قد قبض الشيء الأول وهو حسن النية ، ثم باعه ، فإن المدّين لا يسترد إلا الثمن بشرط أن يزيد هذا الثمن على قيمة الشيء الثانى الذى اختار المدّين أدائه (تولىبه ٦ فقرة ٦٩٢ — ديپولومب ٢٦ فقرة ٥٥ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٨١) . أما إذا كان الوارث الذى وقع فى الغلط يعتقد أن الواجب هو أداء الشئين معاً ، بأن ظن أن الالتزام متعدد المحل وليس بتخييرى ، كان من حقه بعد أن ينكشف له الغلط أن يسترد أياً من الشئين يختاره . فإذا كان أحد الشئين قد هلك فى يد الدائن بسبب أجنبى ، لم يعد لمدّين أن يسترد الشيء الآخر فقد تركزت عملية الالتزام فيه (تولىبه ٦ فقرة ٦٩٢ — ديپولومب ٢٦ فقرة ٥٧ — فقرة ٥٩ — لوران ١٧ فقرة ٢٣٤ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٨١ ص ٢٣١) .

ويقع الغلط من الدائن فيما إذا اعتقد — هو أو وارثه — أن الالتزام بسيط وأن الشيء الذى أداه له المدّين هو المحل الوحيد للالتزام ، وكان يجهل أن الالتزام تخييرى وأن له (أى للدائن) حق الخيار . فى انكشف له الغلط ، جاز — إذا اختار الشيء الآخر — أن يرد الشيء الذى أداه له المدّين ، وأن يطالب بأداء الشيء الذى اختاره هو (لاروسير ٣ م ١١٩٠ فقرة ٦ — ديپولومب ٢٦ فقرة ٥٦ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٨١ ص ٢٣٠) .

يرجع إلى أن المحل المعين كان محلاً للالتزام معلقاً على شرط واقف هو أن يقع عليه الاختيار ، فقد قلنا أن الالتزام التخييري ليس بالالتزام شرطى (١) وإنما يرجع الاستناد إلى أن المحل الذى عين كان منذ البداية محلاً للالتزام ، إلا أن هذه المحلية كانت شائعة بينه وبين المحال الأخرى ، فبتعيينه تركزت المحلية فيه ، واعتبر هو المحل الوحيد منذ نشوء الالتزام . وهذا ما يسميه الفقه الألمانى بالتركز (concentration) ، ويفسرون به الاستناد إلى الماضى ، مفرقين بين الالتزام التخييري والالتزام الشرطى . فعند الألمان ليس للشرط بوجه عام أثر رجعى . كما قلنا ، أما التعيين فى الالتزام التخييري فله أثر رجعى (٢).

ويرتب على هذا الأثر الرجعى والاستناد إلى الماضى نتائج هامة نذكر منها ما يأتى :

(١) تتحدد طبيعة الالتزام التخييري منذ البداية بالتعيين الذى سيتم بعد نشوء الالتزام ، والذى يستند إلى وقت نشوئه . فإذا كانت محال الالتزام التخييري بعضها عقار وبعضها منقول أو بعضها قابل للتجزئة وبعضها غير قابل لها ، ثم تعين من بينها المحل الواجب الأداء فإذا هو عقار مثلاً أو هو شيء غير قابل للتجزئة ، اعتبر الالتزام التخييري منذ البداية التزاماً بسيطاً عقارياً أو التزاماً بسيطاً غير قابل للتجزئة (٣) .

(٢) إذا كانت محال الالتزام التخييري نقل ملكية أشياء متعددة ، وقع الاختيار على شيء واحد من هذه الأشياء ، وكان نقل الملكية يتم بمجرد نشوء

(١) ويقول بالالتزام الشرطى ماركاديه ٤ فقرة ١١٨٩ . وانظر أيضاً بيدان ولاجار ٨ فقرة ٨٠٢ — بلانبول وريبير ويولانييه ٢ فقرة ٦٧٨ ص ٤٦٢ .

(٢) سأل بحث فى النظرية العامة للالتزام فى القانون الألمانى فقرة ١٠ ص ١٠ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٧٤ — چوسران ٢ فقرة ٧٤٦ — الأستاذ إسحاق غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١٩١ ص ٢٦٩ — وانظر عكس ذلك فى أن التعيين لا يستند إلى الماضى وليس له أثر رجعى : لوران ١٧ فقرة ٢٤٠ — فقرة ٢٤١ — هيك ٧ فقرة ٢٩١ — دى باج ٣ فقرة ٢٧٧ وفقرة ٢٨١ — فقرة ٢٨٢ — كولان وكايبشان ٢ فقرة ٤١٠ — الأستاذ عبد الحى حجازى ١ ص ١٩٨ .

(٣) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٧٥ .

الالتزام كما في المنقول المعين بالذات، فإن ملكية الشيء الذي وقع عليه الاختيار تعتبر قد انتقلت منذ نشوء الالتزام لا منذ إعمال حق الخيار ، ويعتبر الدائن مالكا للشيء منذ البداية (١) .

(٣) إذا شهر إفلاس المدين أو إعساره في الفترة ما بين نشوء الالتزام وإعمال حق الخيار ، فما دام الدائن يعتبر مالكا للشيء منذ نشوء الالتزام ، فإنه يستطيع أن يسرده من التفليسة أو من مال المعسر دون أنه يشاركه فيه سائر دائني المدين (٢) .

(٤) إذا تصرف الدائن في الشيء في الفترة ما بين نشوء الالتزام وإعمال حق الخيار ، ثم وقع الاختيار على هذا الشيء ، اعتبر الدائن أنه قد تصرف في ملكه منذ تاريخ هذا التصرف . وإذا كان الشيء عقاراً وسجل التصرف قبل إعمال حق الخيار ، انتقلت الملكية إلى المتصرف إليه بالتسجيل وفي تاريخ سابق على إعمال حق الخيار (٣) .

(١) بودري وبارد ٢ فقرة ١٠٧٦ — انظر عكس ذلك : لوران ١٧ فقرة ٢٢١ — فقرة ٢٢٣ — تولى ٦ فقرة ٦٩٥ — لاروميير ٣ م ١١٩٣ — ١١٩٤ فقرة ٢ .
والظاهر أن نقل الملكية في خيار التمين في الفقه الإسلامي يستند إلى الماضي في حالة ما إذا كان الخيار للمشتري أي الدائن . جاء في البدائع (جزء ٥ ص ٢٦١ — ص ٢٦٢) في خصوص ما إذا كان الخيار للمشتري : « فحكمه ثبوت الملك للمشتري في أحد المذكورين غير عين .. والآخر يكون ملك البائع أمانة في يده إذا قبضه لأنه قبضه باذن الملك لأجل وجه التملك ولا على وجه الثبوت فكان أمانة .. ولو تصرف البائع في أحدهما تصرفه موقوف ، إن تمين ما تصرف فيه البيع لم ينفذ تصرفه لأنه تبين أنه تصرف في ملك غيره ، وإن تمين ما تصرف فيه للأمانة نفذ تصرفه لأنه ظهر أنه تصرف في ملك نفسه فينفذ » . أما في خصوص ما إذا كان الخيار للبائع ، فالظاهر أن الخيار يمنع زوال السلعة من ملكه ، فلا يجوز للمشتري أن يتصرف في أي من الشئتين . ولا في أحدهما ، لأن أحدهما ليس بمبيع يتيقن والآخر مبيع لكن لباقه فيه خيار وخيار البائع يمنع زوال المبيع من ملكه . ولو تصرف البائع في أحدهما جاز تصرفه فيه ، ويتبين الآخر للبيع ، وله خيار الإلزام فيه والفسخ . ولو تصرف فيهما جميعا ، جاز تصرفه فيهما ، ويكون فسحا للبيع ، لأن تصرفه فيهما دليل إقرار الملك فيهما فيضمن فسح البيع كما في المبيع المعين » .
(٢) بودري وبارد ٢ فقرة ١٠٧٧ .
(٣) بودري وبارد ٢ فقرة ١٠٧٧ ص ٢٢٧ .

٥ ٢ - أحكام الهلاك

٩٨ - النصوص القانونية : تنص المادة ٢٧٧ من التقنين المدني على ما يأتي :

« إذا كان الخيار للمدين ، ثم استحال تنفيذ كل من الأشياء المتعددة التي اشتمل عليها محل الالتزام ، وكان المدين مسئولاً عن هذه الاستحالة ولو فيما يتعلق بواحد من هذه الأشياء ، كان ملزماً بأن يدفع قيمة آخر شيء استحال تنفيذه » (١) .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق فيض من النصوص تبسط فيها هذا التقنين ، مفصلاً أحكام تحمل تبعة الهلاك ، وهي المواد ١٥١/٩٧ و ١٥٣/٩٩ و ١٥٤/١٠٠ (٢) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٤٠١ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا خلافاً لفظياً طفيفاً . وفي لجنة المراجعة عدل النص تعديلاً لفظياً فتمت المطابقة ، وأصبحت المادة رقماً ٢٨٩ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٢٧٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٣ و ص ٤٦) .

(٢) التقنين المدني السابق م ١٥١/٩٧ : إذا صارت إحدى الكيفيات المعنية للتنفيذ غير ممكن الحصول عليها ، فيكون قاصراً على الكيفية الممكن تنفيذ التمهيد بها .
م ١٥٣/٩٩ : إذا كان الخيار للمتعهد له وصار طريق من طرق الوفاء غير ممكن بتقصير المتعهد ، فلهتمه له الخيار بين طلب الوفاء بالطريق الممكن وبين طلب التوفيق المترتب على عدم الوفاء بالطريق الآخر .

م ١٥٤/١٠٠ : وإذا صار الطريقان المعينان الوفاء غير ممكنين بتقصير المتعهد ، فحق الخيار للمتعهد له لم يزل ياتياً بين التوفيقين المعينين لعدم الوفاء .
(وهذه حالات مختلفة ، أجرى عليها التقنين المدني السابق القواعد العامة فانتهى إلى حلول يمكن الأخذ بها دون نص . ولا تزال هناك حالات أخرى سكت عنها التقنينان القديم والجديد لوضوحها من حيث تطبيق القواعد العامة . إلا أن الحاليتين اللتين أوردتهما التقنين الجديد — ولم يمرضهما التقنين القديم — هما الحاليتان الجديرتان بالذكر ، لأن الحل الذي ينتهي إليه فيما تطبيق القواعد العامة في حاجة إلى التجلية والبيان) .

ويقابل النص في التقنيات المدنية العربية الأخرى: في التقنين المدني السوري المادة ٢٧٧ ، وفي التقنين المدني الليبي المادة ٢٦٤ ، وفي التقنين المدني العراقي المادة ٣٠١ ، وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المواد ٦١-٦٣ و٦٦-٦٧ (١) .

ويتبين من النص السالف الذكر أن التقنين المدني المصري اقتصر على إيراد الحكم في صورة واحدة من صور استحالة تنفيذ بعض أو كل الأشياء المتعددة

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٢٧٧ (مطابقة المادة ٢٧٧

من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني الليبي م ٢٦٤ (مطابقة المادة ٢٧٧ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٣٠١ : إذا كان خيار التمين المدين ، وهلك أحد الشئيين في يده ، كان له أن يلزم الدائن بالكافي ، فإن هلكاً مما أنفسخ العقد . وإذا كان المدين مشغولاً عن الهلاك ولو فيما يتعلق بواحد من الشئيين ، فيكون ملزماً بدفع قيمة آخر شيء هلك .

(والتقنين العراقي عرض للصورة التي عرض لها التقنين المصري ، وجعل لها نفس الحل . وأضاف صورتين أخريين طبق فيها القواعد العامة ، فاتجهى إلى حلول يمكن الأخذ بها في مصر دون نص . انظر الأستاذ حسن الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ١٧٢-سفرة ١٧٤) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٦١ : إذا كان أحد المواضيع وحده قابلاً للتنفيذ ، فالواجب يكون أو يصبح من الموجبات البسيطة (هذا الحكم يتفق مع المبادئ العامة ويمكن تطبيقه في مصر) .

م ٦٢ : يسقط الموجب التخييري إذا أصبحت مواضيع الموجب كلها مستحيلة في وقت واحد بدون خطأ من المدينين وقبل تأخره (هذا الحكم يتفق أيضاً مع المبادئ العامة ويمكن تطبيقه في مصر) .

م ٦٣ : إذا أصبحت مواضيع الموجب كلها مستحيلة في وقت واحد بخطأ من المدينين أو بعد تأخره ، أمكن الدائن أن يطالبه بشئ ما يختاره من تلك المواضيع (هذا الحكم يتفق أيضاً مع المبادئ العامة ويمكن تطبيقه في مصر) .

م ٦٦ : إذا حدث في الحالة المشار إليها في المادة السابقة (الخيار الدائن) أن تنفيذ أحد مواضيع الموجب أصبح مستحيلًا بخطأ من المدينين أو بعد تأخره ، حق الدائن أن يطالب بالموضوع الذي بقي ممكناً أو بأداء عوض يناسب الضرر الناتج عن استحالة تنفيذ ذلك الموضوع (يتفق هذا النص في الحكم مع المادة ١٥٣/٩٩ من التقنين المدني المصري السابق ، ويتفق أيضاً مع المبادئ العامة فيمكن تطبيقه في مصر) .

م ٦٧ : إذا أصبح تنفيذ أحد مواضيع الموجب مستحيلًا بخطأ الدائن ، يمد كأنه اختار هذا الموضوع ، فلا يمكنه أن يطالب بما بقي ممكناً من المواضيع (كان تطبيق القواعد العامة يقضى بأن الدائن في هذه الحالة يختار بين أن يعتبر نفسه قد اختار الحل الهالك وبين أن يطالب بالشيء الباقي مع دفع تعويض عما تسبب في هلاكه بخطأه . وهذا هو الحل الواجب الاتباع في مصر ، مادام التقنين المصري لا يتضمن نصاً كنص التقنين اللبناني) .

التي اشتمل عليها محل الالتزام التخييري . وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التهديدي ، بياناً لذلك ، ما يأتي : « يواجه هذا النص حكم استحالة تنفيذ أمر أو أكثر من الأمور التي يرد التخيير عليها . ورغم أن هذا الحكم محدود الأهمية من الناحية العملية ، فقد جرت التقنيات اللاتينية على الإسهاب بشأنه ، فأوردت نصوصاً كثيرة ليست في محلها إلا تطبيقات بينة للقواعد العامة . على أن المشروع لم يبر مجازاة هذه التقنيات ، بل اجتزأ بنص واحد واجه فيه فرضاً ليس لتطبيق القواعد العامة فيه حظ موفور من الوضوح » (١) .

ويحسن أن نستعرض الصور المنطقية لحالة ما إذا استحال تنفيذ كل أو بعض الأشياء المتعددة التي اشتمل عليها الالتزام التخييري ، مطبقين في كل صورة منها القواعد العامة لنصل إلى الحل الواجب الاتباع في مصر ، وستأتي الصورة التي عرض لها النص ضمن هذه الصور .

وتوخياً للوضوح نفرض أن هذه الأشياء المتعددة هما شيطان معينان بالذات ، وأن عينا منهما أو الاثنين معاً قد هلكا . وما نقوله فيما إذا كان الحل أحد عيين معينين بالذات يصلح لما إذا كان الحل يشمل أكثر من عيين أو يشمل عملاً أو امتناعاً عن عمل . ومن ثم نحصر الصور المنطقية فيما يأتي : (١) هلاك الشيطان معاً بسبب أجنبي ، سواء كان الخيار للمدين أو الدائن . (٢) هلاك الشيطان أو أحدهما والخيار للمدين . (٣) هلاك الشيطان أو أحدهما والخيار للدائن . وفي الصورتين الأخيرتين المفروض طبعاً أن نستبعد من كل منهما حالة ما إذا هلك الشيطان معاً بسبب أجنبي ، فهذه حالة قد استغرقتها الصورة الأولى .

٩٩ - هلاك الشيطان معاً بسبب أجنبي : هذه الحالة تتخفف منها

منذ البداية ، لأن تطبيق القواعد العامة فيها واضح كل الوضوح . فإدام الشيطان - أو الأشياء جميعاً - قد هلك بسبب أجنبي ، فقد استحال تنفيذ الالتزام ، وانقضى الالتزام التخييري بسبب هذه الاستحالة (م ٣٧٣) مدني ، سواء في ذلك كان الخيار للمدين أو كان الخيار للدائن (٢) .

(١) مجموعة الأعمال التفسيرية ٣ ص ٤٣ - ص ٤٤ .

(٢) أنظر في هذا المعنى المادة ١١٩٥ من التقنين المرفق الفرنسي والمادة ٦٢ من تقنين -

١٠٠ - هلاك الشئيين أو أحدهما والخيار للمدين : نستبعد بداهة

حالة ما إذا هلك الشيطان معاً بسبب أجنبي ، فقد مضى القول فيها . وتبقى إذن الصور الآتية :

(١) هلاك أحد الشئيين دون الآخر بسبب أجنبي : مقتضى تطبيق القواعد العامة أن الالتزام يتركز عمله في الشيء الباقي ، فليس للمدين إلا أن يختاره إذ ليس أمامه غيره (١) . وإذا شمل المحل عدة أشياء هلك أحدها ، كان للمدين أن يعين محل الالتزام شيئاً من بين الأشياء الباقية .

= الموجبات والعقود البنائي . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتى : « إذا كانت استحالة التنفيذ راجعة إلى سبب أجنبي ، انقضى الالتزام ، وفقاً للقواعد العامة ، متى شملت هذه الاستحالة جميع الأمور التي يرد التخير عليها » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤١) . وفي مكان آخر : « وإن كان التخير للدائن ، واستحال تنفيذ جميع ما يرد التخير عليه من جراء سبب أجنبي ، انقضى الالتزام طبقاً للقواعد العامة ، كما هو الشأن عند تحويل المدين خيار التمين » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٥) . وينتفىض الالتزام لاستحالة التنفيذ في الصورة التي نحن بصددنا سواء هلك الشيطان معاً في وقت واحد ، أو هلك أحدهما بعد هلاك الآخر . والفرق بين هاتين الحالتين لا أهمية له من الناحية العملية ، فقد قدمنا أن الالتزام ينتفىض فهما معاً . غير أنه من الناحية النظرية يصبح الالتزام بسيطاً ، في الحالة الثانية ، بهلاك أحد الشئيين ، ثم ينتفىض بهلاك الشيء الآخر . أما في الحالة الأولى فينتفىض الالتزام وهو تخييرى دون أن يصبح بسيطاً قبل انقضائه (بودوى وبارد ٢ بقرة ١٠٨٢ ص ٢٣٢ هامش رقم ٢) .

(١) انظر في هذا المعنى المادة ١٥١/٩٧ من التفتين المدنى السابق والمادة ١١٩٣ بقرة أول من التفتين المدنى الفرنسى . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتى : « أما إذاقتصرت الاستحالة على أحد محل التخير ، فيسقط خيار المدين ، ولا يكون له إلا الوفاء بالآخر ، وليس ثمة معنى من إضفاء هذا الحكم ، فهو حتم تقتضيه طبيعة الأشياء » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٤) .

هل أنه يمكن التساؤل عما إذا كان يحق للمدين في هذه الصورة أن يختار بين الوفاء بالشيء الباقي وبين دفع قيمة الشيء الهالك ، ولكن يفترض حل هذا الحل بأنه لو سلم به لوجب ، فيما إذا هلك الشيء الباقي هو أيضاً بسبب أجنبي ، أن يبقى للمدين بقيمة أى من الشئيين يختاره مع أن ذمته تبرأ عند هلاك الشئيين بسبب أجنبي ولو هلكا على التوالي كما تقدم القول . نرى أن يقال أن المدين يرى نفسه مضطراً أن يبقى بالشيء الباقي مع احتمال اختياره للشيء الهالك لو لم يهلك بسبب أجنبي ، فله إذن بعد أن يبقى بالشيء الباقي أن يسترد من الدائن الفرق في القيمة ما بين الشئيين فيما إذا كان الشيء الباقي أعلى قيمة من الشيء الهالك (أنظر بودوى وبارد ٣ بقرة ١٠٨٧ =

(٢) هلك أحد الشئتين دون الآخر بخطأ المدين : ما دام المدين هو الذى له حق الخيار ، فلا مناص من اعتبار الشيء الذى هلك بخطأه هو الشيء الذى لم يختره ، فلا يبقى أمامه إلا الشيء الباقى - أو أحد الأشياء الباقية بتولى اختياره - فيؤديه للدائن محلاً للالتزام (١) .

(٣) هلك أحد الشئتين دون الآخر بخطأ الدائن : ما دام الخيار بيد المدين ، فقد كان له أن يختار الشيء الذى هلك بخطأ الدائن أو الشيء الآخر ، فيبقى على خياره ما بين تأدية الشيء الآخر - أو شيء من الأشياء الأخرى فى حالة التعدد - للدائن مع الرجوع عليه بقيمة الشيء الذى هلك بخطأه ، أو أن يعتبر الشيء الذى هلك بخطأ الدائن هو الشيء الواجب الأداء فتبرأ ذمته من الدين ولا يرجع على الدائن بشيء (٢) .

(٤) هلك الشئتان معاً وكان هلاك أحدهما بخطأ المدين : إذا هلك الشيء الأول بخطأ المدين ، وكان الخيار له ، فإن هلاك هذا الشيء بخطأه يجعل محل الالتزام يتركز فى الشيء الآخر . فإن هلك هذا الشيء الآخر بسبب أجنبى ، فلا يزال هناك خطأ منسوب إلى المدين ، إذ هو بخطأه الأول جعل الالتزام

= ويشير إلى لايه فى بحث له فى بعض الصعوبات المتعلقة بهلاك الشيء الواجب الأداء وباتحاد الذمة ص ٥٣ وما بعدها . ولكن إذا جاز للمدين إجبار الدائن على تقاضى الهالك لو أنه بقى قائماً ، فإنه لا يجوز له أن يجبره على تقاضى الشيء الباقى مع استرداد الفرق ما بين القيمتين ، فق هذا يجوز لا يبيحه علاقة المديونية فيما بينهما .

(١) أنظر فى هذا المعنى المادة ١٥١/٩٧ من التفتين للمدى السابق والمادة ١١٩٣ فقرة أولى من التفتين للمدى الفرنسى . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « أما إذا اقتضت الاستحالة على أحد عمل التخير دون الآخر ، وكانت راجعة إلى خطأ المدين ، فيصين عليه الوفاء بما يقوم به وصف الامكان حتى لا يفيد من خطأه مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٥ » .

(٢) لاوسميير ٣ م ١١٩٣ - ١١٩٤ فقرة ١١ - ديولوج ٢٦ فقرة ٩٧ - بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٠٠ - وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « وإن اقتضت الاستحالة على أحد عمل التأخير ، فللمدين وقد ثبت له خيار التفتين ، أن يختار الوفاء بالآخر ، وفى هذه الحالة يكون له أن يطالب الدائن بقيمة ما استحال الوفاء به من جراء خطأه » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٤) .

متركزاً في الشيء الآخر ، ولو أنه لم يرتكب هذا الخطأ لما هلك الشيء الأول ولبقى بعد هلاك الشيء الآخر محلاً للالتزام . ومن ثم يعتبر هلاك الشيء الآخر منسوباً إلى المدين حتى لو كان الهلاك بسبب أجنبي ، فعليه أن يدفع قيمته للدائن . ولو تعددت الأشياء وهلكت كلها ، مع هلاك أحدها بخطأ المدين ، فإن الالتزام يتركز في آخر شيء منها ، ويعتبر هلاكه - ولو بسبب أجنبي - منسوباً إلى المدين ، فيجب عليه دفع قيمته (١) .

وإذا كان الشيء الذي هلك بخطأ المدين هو الشيء الثاني بعد هلاك الشيء الأول بسبب أجنبي ، فإن الالتزام بعد هلاك الشيء الأول بسبب أجنبي يكون قد تركز في الشيء الثاني ، وقد هلك بخطأ المدين فوجب عليه دفع قيمته (٢) . ومن ثم يجب على المدين في جميع الأحوال أن يدفع للدائن قيمة آخر شيء هلك . وهذه الصورة هي إحدى الصورتين اللتين عرض لهما نص المادة ٢٧٧ سائلة الذكر ، وقد كشفنا عن وجه الخفاء في الحكم الوارد في شأنها .

(٥) هلك الشئان معاً وكان هلاك كل منهما بخطأ المدين : وهذه هي الصورة الأخرى التي عالجتها المادة ٢٧٧ مدني . وفي هذه الصورة أيضاً ينطبق نفس الحكم الذي قدمناه في الصورة المتقدمة . فقد هلك الشيء الأول بخطأ المدين ، فتركز الالتزام في الشيء الثاني ، فهلك بخطأ المدين أيضاً ، فوجب عليه دفع قيمته . ولو تعددت الأشياء وهلك الشيء الأخير منها بخطأ المدين ، وجب عليه كذلك دفع قيمته بعد أن تركز الالتزام فيه (٣) .

(١) انظر بودري وبارد ٢ فقرة ١٠٩٠ — فقرة ١٠٩١ — الأستاذ ميد المحي حجازي ١ ص ١٩٧ . أما لو هلك الشيء الآخر — في الحالة التي نحن بصددنا — بخطأ الدائن ، فيكون الدائن بمثابة من استوفاه ، ولا يرجع على المدين بشيء .

(٢) انظر بودري وبارد ٢ فقرة ١٠٨٩ — أما إذا كان هلاك الشيء الأول — في الحالة التي نحن بصددنا — بخطأ الدائن ، وهلك الشيء الثاني بخطأ المدين ، فللدين إما أن يختار الشيء الأول وقد هلك بخطأ الدائن فتبرأ ذمة المدين ، وإما أن يختار الشيء الثاني فيدفع قيمته للدائن ويرجع عليه بقيمة الشيء الأول .

(٣) انظر المادة ١١٩٣ فقرة ثانية من التفتين المدف القرنى ، وانظر بودري وبارد ٢ فقرة ١٠٩٢ — فقرة ١٠٩٣ . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع أنه يهي ما يأتي : « أما إذا كانت الاستحالة قد حدثت من جراء خطأ المدين ، وكانت شاملة لجميع الأمور التي =

(٦) هلك الشيطان معاً وكان هلاك أحدهما بخطأ الدائن : ومن ثم يكون هلاك الشيء الآخر بسبب أجنبي . فان كان الشيء الذى هلك أولاً هو الذى هلك بسبب أجنبي ، فقد تركز عمل الالتزام فى الشيء الآخر الذى هلك بخطأ الدائن ، ولما كان الدائن قد أهلكه بخطأه فيكون بمثابة من استوفاه ، وتبرأ ذمة المدين من الالتزام (١) . أما إذا كان الشيء الذى هلك أولاً هو الذى هلك بخطأ الدائن (٢) ، فلمدين ، وله الخيار ، أن يختار الشيء الآخر ، وإذا هلك هذا الشيء الآخر بسبب أجنبي فقد برئت ذمة المدين بهلاكه ، ثم يرجع المدين على الدائن بقيمة الشيء الأول الذى هلك بخطأه .

(٧) هلك الشيطان معاً وكان هلاك كل منهما بخطأ الدائن : للمدين فى هذه

الصورة أن يختار الشيء الذى يؤديه فتكون ذمته قد برئت بهلاكه ، ويرجع بقيمة الشيء الآخر على الدائن . ولو تعددت الأشياء اختار المدين الشيء الذى بهلاكه تبرأ ذمته ، ويرجع بقيمة بقية الأشياء على الدائن (٢) .

= يرد التغيير عليها — وهذا هو الفرض الذى حثى المشروع بالنص على حكه — فقد يتبادر إلى الذهن أن المدين ، بوصفه المتصرف فى الخيار ، يستطيع أن يبرئ ذمته بأداء قيمة ما يختاره ، لاسيما أن هذا هو حكم تحقق استحالة جميع الأمور التى يرد عليها التغيير فى آن واحد . ولكن يبنى التفرقة فى هذا الصدد بين فروض عدة : فانما استحالة الوفاء بأحد على التغيير قبل تحقق الاستحالة فى الآخر ، وجب أن يستبعد الأول من نطاق التغيير ، ويستوى فى هذا المقام أن تكون الاستحالة راجعة إلى خطأ المدين أم إلى حادث فجائى ، ذلك بأن المدين لا يسوغ له أن يفيد من خطأه فى الحالة الأولى ، وهو ملزم بتحمل التبعة فى الحالة الثانية ، ولهذا العلة يصح عليه أداء ما طرأت عليه استحالة التنفيذ أخيراً (مجموعة الأعمال التصديرية ٣ ص ٤٤ — ٤٥) .

(١) وهذا هو أيضا الحكم فيما لو كان الشيء الذى هلك أولاً هلك بخطأ المدين ، فإن عمل الالتزام فى هذه الحالة أيضا يتركز فى الشيء الآخر الذى هلك بخطأ الدائن ، ولما كان الدائن قد أهلكه بخطأه فيكون بمثابة من استوفاه وتبرأ ذمة المدين من الالتزام .

(٢) ونفرض ، فى الحالة التى نحن بصددنا ، أن الشيء الذى هلك أولاً هلك بخطأ الدائن ، وهلك الشيء الآخر بخطأ المدين لا بسبب أجنبي . فلمدين ، وله الخيار ، أن يختار أى الشئتين . فإن اختار الشئ الأول الذى هلك بخطأ الدائن ، يكون الدائن بمثابة من استوفاه ولا يرجع بشئ على المدين ، ويحصل للمدين هلاك الشئ الآخر إذ هلك بخطأه . وإن اختار المدين الشئ الآخر الذى هلك بخطأه ، فعليه أن يؤدى قيمته للدائن ، ثم يرجع عليه بقيمة الشئ الأول .

(٣) يودى وبارد ٢ ققرة ١١٠١ — الموجز للمؤلف ققرة ٢٩٥ ص ٥٠٢ — وقد =

١٠١ - هلك الشئين أو أحدهما والخيار للمرائي : هنا أيضا

نستبعد حالة ما إذا هلك الشئان معاً بسبب أجنبي ، فقد بينا حكمها فيما تقدم ، وعرفنا أن الالتزام ينقضى بسبب هذا الهلاك . فتبقى الصور المقابلة للصور التي عالجناها في حالة ما إذا كان الخيار للمدين :

(١) هلك أحد الشئين دون الآخر بسبب أجنبي : هنا - كما في الصورة المقابلة - يتركز الالتزام في الشيء الذي يبقى ، ويتعين على الدائن أن يختاره . وإذا تعددت الأشياء وهلك أحدها بسبب أجنبي ، فللدائن أن يختار شيئاً من الأشياء الباقية (١) .

(٢) هلك أحد الشئين دون الآخر بخطأ المدين : ما دام الدائن هو الذي له حق الخيار ، فله أن يختار الشيء الهالك فيرجع بقيمته ، أو يختار الشيء أو أحد الأشياء الباقية فيستأديها عيناً من المدين (٢) .

(٣) هلك أحد الشئين دون الآخر بخطأ الدائن : للدائن أن يختار ، فإن

= جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتى : « وإذا كانت استحالة التنفيذ ترجع إلى خطأ الدائن ، وكانت تتناول جميع الأمور التي يرد التخيير عليها ، فلمدين وهو صاحب الخيار أن يمين الأمر أو التكليف الذي يعتبر أن ذمته قد برئت بسبب الهلاك الحادث من جراء هذا الخطأ » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٤) .

(١) انظر في هذا المعنى المادة ١٥١/٩٧ من التفتين المذق السابق والمادة ١١٩٤ الفقرة الثانية من التفتين المذق الفرنسي . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتى : « أما إذا اقتضت الاستحالة حل أحد محل التخيير ، فليس للدائن ألا أن يختار الوفاء بالآخر ما دام هذا الوفاء ممكناً . وليس شك في أن إضفاء هذا الحكم حتم تنقيضه طبيعة الأشياء ، كما هي الحال عندما يعهد المدين بالخيار » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٥) .

(٢) انظر في هذا المعنى المادة ١٥٣/٩٩ من التفتين المذق السابق والمادة ١١٩٤ الفقرة الثانية من التفتين المذق الفرنسي والمادة ٦٦ من تفتين الموجبات والعقود اللبنانية . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتى : « فإن اقتضت الاستحالة حل أحد محل التخيير ، فللدائن إن يطالب بالوفاء بالآخر ما دام هذا الوفاء ممكناً ، أو أن يطالب بقيمة الأول وهو الذي أصبح تنفيذه مستحيلاً من جراء خطأ المدين » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٥) .

اختار الشيء الذى هلك بخطاه فقد برئت ذمة المدين بهلاكه . وأن اختار الشيء الآخر ، فعليه أن يدفع قيمة الشيء المالك للمدين (١).

(٤) هلك الشيطان معاً وكان هلاك أحدهما بخطأ المدين : إذا اختار الدائن الشيء الذى هلك بخطأ المدين ، رجع عليه بقيمته . أما إذا اختار الشيء الذى هلك بسبب أجنبي ، لم يرجع بشيء على المدين إذ برئت ذمته بهلاك الشيء بالسبب الأجنبي . لذلك لا يتردد الدائن فى اختيار الشيء الذى هلك بخطأ المدين ، حتى يرجع عليه بقيمته (٢) .

(٥) هلك الشيطان معاً وكان هلاك كل منهما بخطأ المدين : لما كان الخيار للدائن ، فله أن يختار أحد الشيطانين فيرجع بقيمته على المدين إذ هلك بخطاه (٣).

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع النهيلى فى هذا الصدد ما يأتى : « أما إذا اقتضت الاستحالة حل أحد محل التخيير ، فللدائن — وهو صاحب الخيار — أن يختاره ، ويكون بذلك قد استوفى حقه . وله كذلك أن يختار استيفاء ما بقى الوفاء به ممكناً ، على أن يولى فى هذه الحالة قيمة ما استحال الوفاء به من جراء خطأ « (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٥) .

هذا وقتين الموجبات والمقود اللبناني (م ٦٧) يفرض على الدائن أن يختار الشيء الذى هلك بخطاه ، فترا ذمة المدين بهذا الهلاك .

(٢) أما المادة ١١٩٤ فقرة ثالثة من التقتين المدنى الفرنسى فتقتضى بأن للدائن الرجوع على المدين بالقيمة التى يختارها من إحدى قيمتين : قيمة الشيء الذى هلك بخطأ المدين وقيمة الشيء الذى هلك بسبب أجنبي . ويعتقد الفقه الفرنسى هذا الحكم ، ويرى فى الخيار الذى أعطى للدائن ضرباً من العقوبة فرضها القانون على المدين (لارومبيير ٣ ١١٩٣ م ٩ فقرة ٩ — ديبراتون ١١ فقرة ١٤٨ — ماركاديه ٤ فقرة ٥٨٦ — ديملوب ٢٦ فقرة ٨٨ — لوران ١٧ فقرة ٢٥٠ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٩٥) أما إذا كان هلاك أحد الشيطانين — فى الحالة التى نحن بصددنا — خطأ الدائن وهلاك الشيء الآخر بخطأ المدين لا يسبب أجنبى ، فللدائن — وله الخيار — أن يختار أحد الشيطانين . فإن اختار الشيء الذى هلك بخطاه يكون بمثابة من استوفاه ، وإن اختار الشيء الذى هلك بخطأ المدين رجع عليه بقيمته وأدى له قيمة الشيء الذى هلك بخطاه .

(٣) أنظر فى هذا المعنى المادة ١٠٥/١٠٠ من التقتين المدنى السابق والمادة ١١٩٤ فقرة ثالثة من التقتين المدنى الفرنسى . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع النهيلى فى هذا الصدد ما يأتى : « فإذا كانت استحالة التنفيذ ناشئة من خطأ المدين ، وكانت شاملة لجميع الأمور التى يرد التخيير عليها ، فللدائن — وهو المصروف فى الخيار — أن يطالب المدين بقيمة ما يقع عليه اختياره « (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٥) .

(٦) هلك الشيطان معاً وكان هلاك أحدهما بخطأ الدائن : إذا اختار الدائن الشيء الذى هلك بخطأه ، برئت ذمة المدين من الدين ولم يرجع على الدائن بشئ . أما إذا اختار الدائن الشيء الذى هلك بسبب أجنبي (١) ، فقد برئت ذمة المدين أيضاً بهلاك الشيء بالسبب الأجنبي ثم يرجع المدين على الدائن بقيمة الشيء الذى هلك بخطأه . ومن ثم لا يتردد الدائن فى اختيار الشيء الذى هلك بخطأه حتى لا يرجع عليه المدين بشئ .

(٧) هلك الشيطان معاً وكان هلاك كل منهما بخطأ الدائن : لما كان الخيار للدائن ، فله أن يختار أحد الشئين ، وإذا هلك الشيء الذى اختاره بخطأه فيكون بمثابة من استوفاه وتبرأ ذمة المدين . ثم يرجع المدين بقيمة الشيء الآخر على الدائن إذ هلك هو أيضاً بخطأه (٢) .

(١) أما إذا هلك الشيء بخطأ المدين لا بسبب أجنبي ، وجئنا إلى حالة سبق بيان حكمها ، ولدائن أن يختار الشيء الذى هلك بخطأه فيكون بمثابة من استوفاه ، أو الشيء الذى هلك خطأ المدين فيستأدى قيمته ويؤدى قيمة الشيء الذى هلك بخطأه .
(٢) بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٠٣ — وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « وإذا نشأت استحالة التنفيذ من خطأ الدائن ، وتناولت الأمور التى ورد التخيير عليها ، أصبح هذا الدائن مسئولاً عن هلاك الشيء الذى لا يقع عليه اختياره وتعين عليه أداء قيمته ، باعتبار أن هلاك ما يقع عليه الاختيار يستتبع برائة ذمة المدين » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٥) .

أما أحكام الهلاك فى خيار التمين فى الفقه الإسلامى فالضابط فيها أنه إذا كان اختيار البائع (أى للمدين) فإن الخيار يمنع زوال السلطة عن ملكه ، وإذا كان الخيار للمشتري (أى للدائن) فإن الخيار يثبت الملك له فى أحد الشئين غير حين والآخر يكون ملك البائع أمانة فى يده إذا قبضه . وفى جميع الأحوال يقرن خيار الشرط بخيار التمين . ويترتب على ذلك ما يأتى :

(١) إذا كان الخيار للبائع : ١ — قبل القبض : وهلك أحدهما هلك أمانة ، والبائع على خياره ، إن شاء ألزم المشتري الباقى منهما لأنه تعين البيع ، وإن شاء فسخ البيع فيه لأنه غير لازم بسبب خيار الشرط . وتعليل ذلك أن خيار البائع يمنع زوال السلطة عن ملكه ، فهلك على ملك البائع أى أن المالك يملك أمانة — ويتعين الباقى للبيع وله فيه خيار الشرط ، وليس للبائع أن يلزم المشتري الشيء المالك لأنه هلك أمانة — وإن ملكاً جسيماً بطل البيع بهلاك المبيع قبل القبض ييقن .
٢ — بعد القبض : وهلك أحدهما هلك أمانة أيضاً كما لو هلك قبل القبض ، ويتعين الباقى منها للبيع والبائع فيه خيار الشرط ، إن شاء ألزمه المشتري وإن شاء فسخ البيع فيه . وتعليل ذلك أن خيار البائع يمنع زوال السلطة عن ملكه ، فهلك المالك على ملك البائع وليس له أن يلزمه =

الفصل الثاني

الالتزام البدلي^(*)

(obligation facultative)

١٠٢ - قيام وصف البدل وأعماله : نبث هنا - كما بحثنا في الالتزام التخيري - قيام وصف البدل وأحكام الالتزام البدلي. ونسير في البحث على الخطى نفسها التي اتبعناها عند الكلام في الالتزام التخيري ، حتى تتضح الفروق ما بين هذين النوعين من الالتزام .

— المشتري لأنه ملك أمانة، ويتمين الباقي للبيع والبائع فيه خيار الشرط - وإن هلكا جميعاً، فإن كان هلاكهما بالتعاقب هلك الأول أمانة، ويتمين الثاني للبيع وفيه خيار الشرط فهلك بقيمته لا يضمنه . وإن كان هلاكهما معاً في وقت واحد، فعل المشتري نصف قيمة كل منهما لأن البيع شاع فهما . (ب) وإذا كان الخيار للمشتري : ١ - قبل القبض : وهلك أحدهما لا يبطل البيع ، ولكن المشتري بالخيار إن شاء اخذ الباقي يضمنه ، وإن شاء ترك لأن المبيع قد تغير قبل القبض بالتعيين وهذا يوجب الخيار — وإن هلكا جميعاً يبطل البيع بهلاك المبيع قبل القبض بهتتين . ٢ - بعد القبض : وهلك أحدهما تعين الهالك للبيع ولزم المشتري ثمنه ، ويتمين الآخر للامانة لأن الأمانة فهما مستحقة الرد على البائع ، وقد خرج الهالك من استحالة الرد فيه ، فتعين الباقي الرد وتعين الهالك للبيع ضرورة - وإن هلكا جميعاً ، فإن كان هلاكهما على التعاقب هلك الأول مبيعاً وهلك الآخر أمانة . وإن هلكا معاً في وقت واحد لزم المشتري ثمن نصف كل منهما ، لأنه ليس أحدهما بالتعيين أول من الآخر ، فشاع البيع فهما جميعاً .

هذا ويخالف خيار التعيين في الفقه الإسلامي الالتزام التخيري من الوجه الآتية :

- (١) خيار التعيين لا بد فيه من ذكر المدة على خلاف في الرأي ، ولا يزيد على الثلاث .
- (٢) إذا مضت المدة في خيار التعيين، ولم يجر من له حق الخيار ، نقض البيع (المطاب ٤ ص ٤٢٥) .

- (٣) في خيار التعيين إذا كان الخيار للمشتري، ثبت له الملك في أحد الشيئين غير معين ويكون الثاني في يده أمانة . وإذا كان الخيار للبائع ، لم يزل أى الشيئين من ملكه .
- (٤) يجتمع مع خيار التعيين خيار الشرط ، فلا يلزم للبيع من له الخيار إلا بعد أن يتم تعيين الشيء الواجب الأداء .

(*) مراجع: بودوي وبارد ٢ فقرة ١٤٠٨ - فقرة ١٠٥١ - بلانيول وريبير وجابولد ٧ -

الفرع الأول

قيام وصف البذل

١٠٣ - النصوص القانونية : تنص المادة ٢٧٨ من التقنين المدني المصري على ما يأتي :

« ١ - يكون الالتزام بدلياً إذا لم يشمل محله إلا شيئاً واحداً ولكن تبرأ ذمة المدين إذا أدى بدلاً منه شيئاً آخر » .

« ٢ - والشئ الذي يشمل محل الالتزام ، لا البديل الذي تبرأ ذمة المدين بأدائه ، هو وحده محل الالتزام وهو الذي يعين طبيعته (١) » .

ولامقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، ولكن الحكم كان مطبقاً دون نص .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٢٧٨ ، وفي التقنين المدني الليبي المادة ٢٦٥ ، وفي التقنين المدني العراقي المادة ٣٠٢ ، وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادتين ٦٨ - ٦٩ (٢) .

١ - فقرة ١٠٥٢ - فقرة ١٥٠٣ - بيدان ولا جارد ٨ فقرة ٨٠٤ - فقرة ٨٠٥ - دى باج ١ فقرة ٢٨٣ - فقرة ٢٨٦ - بلالويل وريير وبولانجيه ٢ فقرة ١٣٢٣ - فقرة ١٣٢٦ - كولان وكايتان ٢ فقرة ٦٧٩ - جوسران ٢ فقرة ٧٤٧ - فقرة ٧٤٨ .
(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٤٠٢ من المشروع التمهيدى عل وجه مطابق

لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم المادة ٢٩٠ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، لمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٧٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٧ - ص ٤٨) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٢٧٨ (مطابقة المادة ٢٧٨

من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني الليبي م ٢٦٥ (مطابقة المادة ٢٧٨ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٣٠٢ : ١ - يكون الالتزام بدلياً إذا لم يكن محله إلا شيئاً واحداً ولكن تبرأ ذمة المدين إذا أدى بدلاً منه شيئاً آخر . ٢ - والأصل لا البذل هو وحده محل = (م ١٢ - الوسيط)

ويستخلص من النص المتقدم أن وصف البذل يقوم متى شمل محل الالتزام شيئاً واحداً ولكن تبرا ذمة المدين إذا أدى بدلا منه شيئاً آخر ، وأن خيار البذل يكون دائماً للمدين بخلاف الالتزام التخيري فالخيار فيه يكون للمدين أو للدائن .

فنبحث إذن : (١) متى يقوم وصف البذل (٢) ثبوت خيار البذل للمدين ومصدر هذا الخيار .

١٥ - متى يقوم وصف البذل

١٠٤ - تحرير منطقة الالتزام البدلي : حتى يكون الالتزام بدليا يجب أن يكون له محل واحد هو المحل الأصلي ، ويقوم مقام هذا المحل الأصلي شيء آخر هو البديل (١) . مثل ذلك أن يقرض الدائن المدين مبلغاً من النقود ، ويتفق معه على أنه يستطيع عند حلول الأجل ، إذا لم يشأ أن يرد مبلغ القرض ، أن يعطيه بدلا منه داراً أو أرضاً معينة ، فيكون مبلغ النقود هو المحل الأصلي والدار أو الأرض هي البديل . وما العربون في البيع إلا بدل يأخذه البائع أو المشتري إذا اتفقا على أن يكون العربون وسيلة للرجوع في البيع ، وسيأتي بيان ذلك (٢) .

= الالتزام، وهو الذي يحدد طبيعته . (ويطابق هذا النص في الحكم نص المادة ٢٧٨ من التقنين الملحق المصري) .

تقنين الموجبات والمقود البنائي م ٦٨ : يكون الموجب اختيارياً حين يجب أداء شيء واحد مع تحويل المدينون الحق في إبراء ذمته بأداء شيء آخر . والشيء الواجب الأداء هو ، في نظر الشرع ، موضوع الموجب الذي تضمن به ماهيته ، لا الشيء الآخر الذي يستطيع المدينون أن يبرء ذمته بأدائه .

م ٦٩ : يسقط الموجب الاختياري إذا هلك الشيء الذي يكون موضوعاً له بغير خطأ من المدينون وقبل تأخره ، ولا يسقط إذا هلك الشيء الذي جعل تسليمه اختيارياً .

(وأحكام التقنين البنائي تتفق مع أحكام التقنين المصري ، وقد زاد التقنين البنائي أن أورد حكم هلاك الشيء الأصلي وحكم هلاك البذل بما يتفق مع القواعد العامة) .

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التصفيرية ص ٣ و ٤٧ .

(٢) أنظر في أمثلة أخرى بيدان ولا جارد ٨ فقرة ٨٠٤ ص ٥٩٢ .

ويجب أن يتوافر في المحل الأصلي جميع الشروط الواجب توافرها في محل الالتزام ، وإلا كان الالتزام باطلا . أما البديل فإن توافرت فيه الشروط أمكن أن يقوم مقام الأصل ، وإلا سقط هو وبقي الالتزام بمحله الأصلي قائماً ، ولكن يصبح التزاماً بسيطاً ذا محل واحد دون بديل .

ونرى من ذلك أن الالتزام البديل - بخلاف الالتزام التخييري - هو ضمان للمدين لا ضمان للدائن . فالمدين يكون في سعة من أمره بأداء البديل دون المحل الأصلي ، وإذا هلك المحل الأصلي فإن المحلية لا تتركز في البديل ، كما تتركز في المحل الآخر في الالتزام التخييري ، بل تبرأ ذمة المدين . ومن ثم يكون البديل دائماً لمصلحة المدين إذ تبرأ ذمته بأدائه ، ولا يكون ضد مصلحته إذ لا تتركز فيه المحلية إن أصبح المحل الأصلي غير صالح لأن يكون محلاً .

ونرى من ذلك أيضاً أن البديل ليس محلاً للالتزام ، فليس هو الشيء الذي يمكن الدائن المطالبة به (in obligatione) ولكنه شيء يقوم مقام المحل الأصلي في الوفاء (in facultate solutionis) ، وقد تقدم بيان ذلك . ويستخلص من هذا أن هناك تعادلاً - في نظر طرفي الالتزام أو في نظر القانون حسب مصلو وصف البديل - ما بين المحل الأصلي وبديله ، إذ أن البديل يقوم مقام المحل الأصلي في الوفاء .

١٠٥ - تمييز الالتزام البديلي عن حالات أخرى تشبه به : وفي تحديد منطقة الالتزام البديلي يحسن أن نميز ما بين هذا الالتزام والتزامات أخرى تشبه به . وأول هذه الالتزامات هو الالتزام التخييري الذي تقدم ذكره . ثم نميزه بعد ذلك عن الشرط الجزئي ، ونقارنه بالعربون .

١٠٦ - التمييز بين الالتزام البديلي والالتزام التخييري : رأينا فيما تقدم أن الالتزام البديلي له محل واحد تتمكن المطالبة به ، والشيء الآخر ليس محلاً للالتزام بل هو بديل عنه في الوفاء . أما الالتزام التخييري فمحله متعدد ، وكل من الأشياء المتعددة يعتبر محلاً للالتزام وتتمكن المطالبة به متى وقع عليه الاختيار . فالالتزام التخييري متعدد محل الالتزام ، أما الالتزام البديلي فهو متعدد محل الوفاء . ويتفرع على هذا الفرق الجوهري الفروق الآتية :

(١) إذا طالب الدائن المدين بالالتزام ببلى ، فانه لا يستطيع المطالبة إلا بالمحل الأصلي ، فهو وحده محل الالتزام . وعند ذلك يجوز للمدين أن يؤدي هذا المحل الأصلي ، وله إن شاء أن يؤدي عوضاً عنه الشيء البديل ، فترازاً ذمته بتأديته كما ترازاً بتأدية المحل الأصلي . أما المدين فله أن يعرض على الدائن إما المحل الأصلي وإما الشيء البديل ، وهو إذا عرض ابتداءً الشيء البديل كان عرضه صحيحاً مبرئاً للذمة . وقد رأينا في الالتزام التخييري أن الخيار إذا كان للدائن فله أن يطالب بأى من محال الالتزام ، وإذا كان للمدين فله أن يعرض أيّاً منها .

(٢) إذا هلك في الالتزام البلى المحل الأصلي بسبب أجنبي فقد انقضى الالتزام ، ولا يمنع من انقضائه أن البلى لا يزال قائماً ممكناً تأديته ، ذلك أن محل الالتزام هو المحل الأصلي لا الشيء البديل ، وقد هلك المحل الأصلي فانقضى الالتزام بهلاكه . أما إذا هلك الشيء البديل ، فان الالتزام يترى قائماً على محله الأصلي ، ولكن المدين يفقد ميزة البلى في الوفاء ، وينقلب الالتزام البلى التزاماً بسيطاً (١) . وهذا بخلاف الالتزام التخييري ، فانه إذا هلك فيه أحد الشئين محل الالتزام بسبب أجنبي لا ينقضى ، كما ينقضى الالتزام البلى ، بل تركز المحلية في الشيء الآخر .

وهذا هو الفرق أيضاً ما بين الالتزام البلى والالتزام التخييري فيما إذا كان المحل الأصلي منذ البداية لا يصلح أن يكون محلاً لهلاكه أو لاستحالة أو لعدم توافر أى شرط من شروط المحل فيه ، فيسقط الالتزام البلى . أما الالتزام التخييري فينقلب إلى التزام بسيط ذى محل واحد ، إذ تركز المحلية في الشيء الآخر الذى توافرت فيه شروط المحل (٢) .

(٣) في الالتزام البلى تتحدد طبيعة الالتزام بطبيعة المحل الأصلي لا بطبيعة الشيء البديل ، فيكون الالتزام البلى منذ البداية عقاراً أو منقولاً ، قابلاً للتجزئة أو غير قابل لها ، تبعاً لما إذا كان المحل الأصلي عقاراً أو منقولاً ،

(١) أنظر في هذا المعنى المادة ٦٩ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانية .

(٢) أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٠ ص ٧١ .

أو لما كان قابلاً للتجزئة أو غير قابل لها . كذلك يتحدد اختصاص المحكمة بقيمة المحل الأصلي منذ البداية (١) . وهذا بخلاف الالتزام التخييري ، فقد رأينا أن طبيعته لا تتحدد إلا بعد أن يتم اختيار المحل الذي يكون واجب الأداء ، وكذلك لا يتحدد اختصاص المحكمة إلا بتعيين المحل الذي يقع عليه الاختيار .

(٤) الخيار في الالتزام البديل هو دائماً للمدين ، أما في الالتزام التخييري فتارة يكون للمدين وطوراً يكون للدائن ، بل قد يكون لأجنبي (٢) .

(٥) الوفاء في التزام البديل ليس له أثر رجعي ، ولا ينقلب هذا الالتزام بالوفاء إلى التزام بسيط منذ البداية . وهذا بخلاف الالتزام التخييري ؛ فقد رأينا أن أعمال حق الخيار فيه يستند إلى الماضي ، وينقلب الالتزام التخييري إلى التزام بسيط منذ البداية (٣) .

١٠٧ - التمييز بين الالتزام البعدي والشرطي الجزائي : قلنا أن الشرط

الجزائي هو تعويض قدره الطرفان بدلاً من القاضى ، فله إذن طبيعة التعويض . والتعويض ليس بالتزام تخييري ، لأن الدائن لا يستطيع اختياره إذا عرض المدين

(١) الموجز المؤلف فقرة ٤٩٨ — الأستاذ أحمد حشمت أبوستيت فقرة ٦٩٦ — الأستاذ عبد الحى حجازى ١ ص ٢٠٠ — الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٩٢ .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « ويناط الحكم على طبيعة الالتزام البديل بالتكليف الأصل الذى يرد عليه ويصير محلاً له كل وجه الأفراد ، دون البديل الذى يكون للمدين أن يبرىء ذمته بأدائه . ويضطر على ذلك أن الالتزام البديل ينقضى إذا أصبح الوفاء بهذا التكليف الوصول مستحيلاً قبل إصدار المدين بغير خطأته ، لكنه يظل حل نقض ذلك قائماً رغم استحالة الوفاء بالبديل (أنظر المادة ٦٩ من التقنين البنائى) . وكذلك يرجع في اعتبار الالتزام البديل مقارياً أو منفولاً ، وفي التقاضى بشأن هذا الالتزام ، ولا سيما فيما يتعلق بتقدير القيمة والاختصاص ، إلى عله الأصل دون البديل » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٧ — ص ٤٨) .

(٢) الأستاذ عبد الحى حجازى ١ ص ١٩٩ — الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٩٢ .

(٣) أنظر في هذه الفروق : أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٠ ص ٧٠ — بودوى وبارد ٢

فقرة ١٠٥١ — بلانويول وريبير وجابوله ٧ فقرة ١٠٥٣ .

التنفيذ العيني، كما لا يستطيع المدين اختياره إذا اختار الدائن التنفيذ العيني وكان ممكناً . وليس التعويض كذلك بالالتزام البدلي، فان المدين لا يستطيع أن يؤدي التعويض بدلا من التنفيذ العيني إذا كان التنفيذ العيني لا يزال ممكناً ، وهذا هو الفرق ما بين الالتزام البدلي والشرط الجزائي (١) ، وقد تقدم بيان ذلك .

١٠٨ — الالتزام البرلي والعربونه : أما العربون فهو والالتزام البدلي ، في رأينا ، سواء ، ولا فرق بينهما إذا كان العربون قد اتفق عليه ليكون وسيلة للرجوع في العقد لا لتأكيد البتات . ذلك أن العربون في هذه الحالة يتيح الفرصة للمدين أن يؤديه بدلا من التزامه الأصلي ، فثبرا ذمته بتأديته ، ويقوم العربون في الوفاء مقام المحل الأصلي . فالمشتري مثلا ، إذا كان قد دفع عربونا ، يكون ملتزما التزاما أصليا بتنفيذ الصفقة فيعطى الثمن ويأخذ المبيع ، ويستطيع أن يرى ذمته من هذا الالتزام بتركه العربون للبائع ، أى بتأدية العربون بديلا عن تأدية المحل الأصلي لالتزامه . وكذلك البائع ، إذا كان قد أخذ عربونا ، يكون ملتزما التزاما أصليا بتنفيذ الصفقة ، فيعطى المبيع ويأخذ الثمن ، ويستطيع أن يرى ذمته من هذا الالتزام برد العربون ومبلغ معادل له للمشتري ، أى أنه يؤدي المبلغ المعادل للعربون بديلا عن تأدية المحل الأصلي لالتزامه (٢) . وقد سبق أن بينا كل ذلك (٣) .

٢٥ — ثبوت خيار البدل للمدين ومصدر هذا الخيار

١٠٩ — ثبوت خيار البدل للمدين : خيار البدل يكون دائما للمدين كما قدمنا ، وهذا بخلاف خيار التعيين في الالتزام التحيزي فقد رأينا أنه قد يكون

(١) جوسران ٢ فقرة ٧٤٨ .

(٢) استئناف مخطوط ٦ يناير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٩٥ — وأنظر من هذا الرأي الأستاذ محمود أبو حافية : محاضرات في الالتزامات ص ١١٥ — وقارن الأستاذين سليمان مرقس ومحمد علي إمام في عقد البيع ص ٦١ — ص ٦٣ .

(٣) الوسيط ١ فقرة ١٤٢ ص ٢٦٣ — ص ٢٦٤ وص ٢٦٤ هامش رقم ١ — الوسيط ٢ فقرة ٤٩٠ .

للمدين أو للدائن أو لأجنبي . وثبوت خيار البديل للمدين مستفاد من تعريف الالتزام البديلي ، فهو التزام يستطيع فيه المدين أن يرى دمه بوفاء شيء بديل عن المحل الأصلي . فهو وحده - لا الدائن - الذي يختار محل الوفاء ، إذ هو ينفى بالمحل الأصلي أن لم يختار الشيء البديل . أما الدائن فليس له ، كما رأينا ، أن يطالب إلا بالمحل الأصلي ، ومتى أدى له برئت ذمة المدين ، ولا يستطيع الدائن أن يطالب بالبديل عوضاً عن المحل الأصلي .

١١٠ - مصدر خيار البديل : ومصدر خيار البديل ، كمصدر خيار التعيين ، هو الاتفاق أو نص في القانون (١) .

ففي كثير من الأحوال يكون مصدر خيار البديل هو الاتفاق ، ويتحقق ذلك بنوع خاص في العيوب كما قلنا .

وقد يكون مصدر الالتزام البديلي نصاً في القانون ، ونورد أمثلة لذلك :
(١) قضت الفقرة الأولى من المادة ١٢٩ مدني ، في حالة استغلال أحد المتعاقدين في التعاقد الآخر طيشاً بيناً أو هوى جاحماً ، بأن للقاضي ، بناء على طلب المتعاقد المغبون ، أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد . ثم تصيب الفقرة الثالثة من نفس المادة ما يأتي : « ويجوز في عقود المعاوضة أن يتوق الطرف الآخر دعوى الإبطال إذا عرض ما يراه القاضي كافياً لرفع الغبن » . ويؤخذ من ذلك أن المتعاقد الذي استغل صاحبه يصبح مدنياً بالتزام أصلي ، هو إعادة ما أخذ - بعد إبطال العقد - واسترداد ما دفع . ولكن القانون هياً للمدين هنا بديلاً إذا وفي به قام هذا الوفاء مقام تأدية المحل الأصلي ، فللمدين أن يتوق دعوى الإبطال إذا هو عرض ما يراه للقاضي كافياً لرفع الغبن ، وهذا التقدر الكافي لرفع الغبن ليس إلا البديل الذي قرره القانون ليقوم الوفاء به مقام الوفاء بالمحل الأصلي .

(٢) تنص المادة ٤٤١ مدني على أن « يثبت حق المشتري في الضمان (ضمان استحقاق المبيع) ولو اعترف وهو حسن النية للأجنبي بحقه أو تصالح معه على هذا

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيلي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٧ .

الحق دون أن ينتظر في ذلك صدور حكم قضائي ، متى كان قد أخطر البائع بالدعوى في الوقت الملائم ودعاه أن يحل محله فيها فلم يفعل . كل ذلك ما لم يثبت البائع أن الأجنبي لم يكن على حق في دعواه . وتضيف المادة ٤٤٢ مدني ما يأتي : « إذا تولى المشتري استحقاق المبيع كله أو بعضه بدفع مبلغ من النقود أو بأداء شيء آخر ، كان للبائع أن يتخلص من نتائج الضمان بأن يرد للمشتري المبلغ الذي دفعه أو قيمة ما أداه مع الفوائد القانونية وجميع المصروفات . فهنا للمشتري ، بعد استحقاق المبيع ، أن يرجع على البائع بضمان الاستحقاق ، ويصبح البائع مديناً للمشتري بهذا الضمان ، وهذا هو المحل الأصلي لالتزامه . ويستطيع أن يبرئ ذمته من هذا الدين إذا هو أدى ، بدلا منه ، ما دفعه المشتري للمستحق توفيقاً لاستحقاق المبيع كله أو بعضه ، ويعتبر هذا الأداء هو الشيء البديل الذي يقوم مقام المحل الأصلي في الوفاء .

(٣) تنص المادة ٤٦٩ فقرة أولى مدني على أنه « إذا كان الحق المتنازع فيه قد نزل عنه صاحبه بمقابل إلى شخص آخر ، فللمتنازل ضده أن يتخلص من المطالبة إذا هورد إلى المتنازل له الثمن الحقيقي الذي دفعه مع المصروفات وفوائد الثمن من وقت الدفع » . فهنا المدين بحق متنازع فيه ملتزم التزاماً أصلياً نحو المتنازل له بمحل الدين المتنازل عنه ، وهذا هو المحل الأصلي . ولكنه يستطيع أن يبرئ ذمته بأداء بديل عن هذا المحل الأصلي ، هو مقدار ما دفعه المتنازل له من ثمن ومصروفات مع فوائد الثمن من وقت الدفع .

(٤) تنص المادة ٨٤٥ مدني على أنه « ١ - يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضي إذا أثبت أحد المتقاسمين أنه قد لحقه منها غبن يزيد على الخمس ، على أن تكون العبرة في التقدير بقيمة الشيء وقت القسمة . ٢ - ويجب أن ترفع الدعوى خلال السنة التالية للقسمة . وللمدعي عليه أن يقف سيرها ويمنع القسمة من جديد إذا أكمل للمدعي نقداً أو عيناً ما نقص من حصته » . فهنا المتقاسم الذي غبن المتقاسم معه بأكثر من الخمس ملتزم التزاماً أصلياً بأن يرد العين المقسومة إلى الشبوع بعد نقض القسمة . ولكن القانون هياً له بديلاً من هذا المحل الأصلي لالتزامه ، هو أن يكمل للمتقاسم المغبون نقداً أو عيناً ما نقص من حصته ، فإذا أدى ما نقص قام الوفاء به مقام الوفاء بالمحل الأصلي .

(٥) تنص المادة ١١١٩ مدنى فقرة أولى على أنه « إذا كان الشيء المرهون مهدداً بالهلاك أو التلف أو نقص القيمة بحيث يخشى أن يصبح غير كافٍ لضمان حق الدائن ولم يطلب الراهن رده إليه مقابل شيء آخر يقوم بدله ، جاز للدائن أو الراهن أن يطلب من القاضى الترخيص له في بيعه بالمزاد العلنى أو بسعره فى البورصة أو السوق » . فإذا اقتصرنا على التزام الراهن هنا (١) ، وجدنا أن الراهن ملتزم التزاماً أصلياً ببيع العين المرهونة رهن حيازة فوراً بالمزاد أو بسعر البورصة أو السوق ، بناء على ترخيص القاضى ، لينتقل حق الدائن من العين المرهونة إلى ثمنها (م ١١١٩م فقرة ثانية) . ولكن القانون هنا له بديلاً من ذلك ، هو أن يقدم بدل العين المرهونة عيناً أخرى تكون كافية لضمان حق الدائن ، ومتى قدم هذه العين قام تقديمها لها مقام تنفيذ الالتزام الأصل (٢).

(١) إذ يلاحظ أن الراهن حقاً كما أن عليه التزاماً . فمن حقه أن يطالب هو ببيع العين المرهونة خوفاً عليها من التلف ، إذا تأخر الدائن فى التقدم بهذا الطلب .
(٢) أما ما قلست به المادة ٢٧٣ مدنى من أن المدين ، إذا ضعف التأمين لسبب أجنبى ، يلتزم بدفع الدين فوراً أو بتقديم تأمين ، فهذا التزام تخييرى الخياراتية المدين كما سبق القول . وما ورد فى المذكورة الإيضاحية للشروع التهديدى (مجموعة الأعمال التفسيرية ٣ ص ٣١ و ٤٧) من أنه التزام بدلى فغير صحيح ، وقد قلست الإشارة إلى ذلك (أنظر أيضاً فقرة ٧٣ و فقرة ٩٢) .
هذا وقد أنشأ القانون الفرنسى بعضاً من الالتزامات البديلية ، والمقابل لها فى القانون المصرى التزامات تخييرية لا بدلية (أنظر المادة ١٦٨١ من التقتين المدنى الفرنسى وتقابلها المادة ٤٢٥ من التقتين المدنى المصرى ، وأنظر المادة ١٢٠ من التقتين التجارى الفرنسى وتقابلها المادة ١١٩ من التقتين التجارى المصرى) : أنظر بودوى وبارد ٢ فقرة ١٠٤٩ .

وقد يكون البديل أكثر من شيء واحد ، ويكون المدين أن يختار من هذه الأبدال البديل الذى يرتضيه عوضاً عن الوفاء بالحل الأصل ، فالالتزام هنا يكون بدلياً من ناحية الوفاء وتخييرياً من ناحية البديل . ونجد فى المادة ١٠٧٢ مدنى مثلاً لذلك ، فهى تنص على أنه « إذا لم يختار الحائز أن يقضى الدينون المقيدة ، أو يظهر المقار من الرهن ، أو يتخذ من هذا المقار ، فلا يجوز للدائن المرهن أن يتخذ فى مواجهته إجراءات نزع الملكية وفقاً لأحكام قانون المرافعات إلا بعد إنذاره بدفع الدين المستحق أو تخليه المقار . ويكون الإنذار بمد التنبيه على المدين بنزع الملكية أو مع هذا التنبيه فى وقت واحد » . ويستفاد من هذا النص أن الحائز المقار المرهون يكون ملتزماً التزاماً أصلياً بتحمل إجراءات نزع الملكية (أنظر أنسيكلوى دالوز ٣ لفظ obligation فقرة ٦١ - الموجز المؤلف فقرة ٤٩٧ ص ٥٠٤ هامش رقم ٢) . وله أن يفند ذلك ببديل ، وهذا البديل أمر من أمور ثلاثة : (١) قضاء الدين المضمون بالرهن (٢) تطهير المقار المرهون (٣) التخلل عنه . فهنا البديل تخييرى ، والمدين أن يختار ما بين هذه الأمور الثلاثة ، إذا لم يرغب فى الوفاء بالحل الأصل وهو تحمل إجراءات نزع الملكية .

الفرع الثانى

أحكام الالتزام البديل

١١١ - تعيين محل الأداء وتحمل التبعة : بالرغم من أهمية الالتزام البديل ، فإن أحكامه ليست من التعقيد بالقدر الذى رأيناه فى أحكام الالتزام التخييرى . لذلك لن يطول القول فى تعيين محل الأداء وفى أحكام الهلاك فى الالتزام البديل ، كما طال فى الالتزام التخييرى .

§ ١ - تعيين محل الاداء

١١٢ - ما النوى يطالب به المراضى : ليس للدائن أن يطالب فى الالتزام البديل ، كما رأينا ، إلا بالمحل الأصيل . وليس له أن يطالب بالبديل ، فان هذا البديل ليس محلاً للالتزام حتى تجوز المطالبة به .

ومن ثم تتعين منذ البداية طبيعة الالتزام البديل ، فهو عقار أو منقول بحسب طبيعة المحل الأصيل ، وهو قابل للتجزئة أو غير قابل لها بحسب طبيعة هذا المحل أيضا ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

ويتعين كذلك اختصاص المحكمة منذ البداية ، فالدائن يطالب بالمحل الأصيل إذا كان عقاراً أمام محكمة العقار وتبعاً لقيمة هذا الشئ ، حتى لو كان البديل منقولاً وأيا كانت قيمة هذا البديل .

١١٣ - ما النوى يرفع الممرىع : أما الذى يدفعه المدين فهو فى الأصل أيضاً المحل الأصيل الذى يطالب به الدائن . ولكنه يستطيع ، كما قدمنا ، أن يبرىء ذمته بدفع البديل ، ومتى دفعه فقد انقضى الالتزام .

ولكن لا يجوز للمدين أن يدفع جزءاً من المحل الأصيل وجزءاً من البديل ، كما لا يجوز ذلك فى الالتزام التخييرى . والدائن أن رفض الوفاء على هذا الوجه ، فاما أن يأخذ المحل الأصيل بأكمله ، وإما أن يأخذ البديل بأكمله .

وإذا مات الدائن ، فليس لورثته المطالبة إلا بالحل الأصلي كورثتهم ، ولكن يجوز للمدين أن يفي لهم بالبديل كما كان يستطيع ذلك مع مورثهم . أما إذا مات المدين ، فإن لورثته الحق في الوفاء بالبديل وتبرأ التركة من الدين بالوفاء به ، كما كان للمدين يستطيع ذلك حين حياته (١) .

وإذا كان الالتزام البديل التزاماً زمنياً أو دورياً ، فإن المدين يستطيع في كل أداء أن يفي بالبديل عوضاً عن الحل الأصلي أو يؤدي الحل الأصلي كما يشاء . وإذا وفى بالبديل مرة ، فله أن يؤدي الحل الأصلي مرة ثانية ، ثم يوفى بالبديل مرة ثالثة ، وهكذا . وذلك كله ما لم يتبين من إرادة الطرفين ومن الظروف والملايسات أن المدين إذا أدى الحل الأصلي أو وفى بالبديل مرة فقد تقيد بذلك في المرات الأخرى المتعاقبة .

وإذا أعلن المدين إرادته أنه يريد الوفاء بالبديل دون أن يدفعه بالفعل ، فإن ذلك لا يمنعه عند الوفاء من أن يؤدي الحل الأصلي ، ذلك أنه لا يتحدد محل الوفاء إلا عند الوفاء بالفعل . كذلك إذا أعلن قبل الوفاء أنه يؤدي الحل الأصلي ، فلا يمنعه ذلك من أن يوفى بالبديل عند الوفاء .

ولا يمكن القول ، إذا وفى المدين بالبديل ، أن محل الالتزام قد تبدل فأصبح هو الشيء البديل عوضاً عن الحل الأصلي . بل إن الالتزام ، يبقى على محله الأصلي ، ويعتبر الوفاء بالبديل بمثابة الوفاء بمقابل ، ولا يقوم البديل مقام الحل الأصلي في المحل ، وإنما يقوم مقامه في الوفاء وحده . ونرى من ذلك أنه لا محل لبحث الاستناد في حالة الالتزام البديل ، ولا يمكن القول إن الوفاء بالبديل يقلب الالتزام البديل إلى التزام بسيط محله البديل منذ البداية ، بل إن الالتزام

(١) وإذا كان الحل الأصلي غير قابل للتجزئة ، فإن البديل لا ينقسم على ورثة المدين حتى لو كان قابلاً للتجزئة . فلو التزم المدين بالإيراد أن يعطي رهنًا لثبانه وإلا رد رأس المال ، فإن إصطاء الرهن يكون هو الحل الأصلي ورد رأس المال هو البديل . ولما كان الرهن لا يتجزأ ، فإن البديل وهو رد رأس المال لا يتجزأ أيضاً وإن كان قابلاً للتجزئة . ومن ثم فإن ورثة المدين إذا اختاروا الوفاء بالبديل عوضاً عن الحل الأصلي ، فأرادوا رد رأس المال بدلا من إصطاء الرهن وجب أن يردوا رأس المال كاملا دون أن يتجزأ عليهم (أنسيكلوبي ديالورم لفظ Obligation فقرة ٦٣) .

البديل يبقى بالرغم من الوفاء بالبديل التزاماً بديلاً ، وليس البديل إلا مقابلاً للوفاء فيه .

٢٥ - احكام الهلاك

١١٤ - **هولك المحل الاصلى** : إذا هلك المحل الاصلى بسبب أجنبي ، فقد انقضى الالتزام وبرئت ذمة المدين . ولا تتركز الحلية فى البديل ، كما تركزت ، فيما يتعلق بالالتزام التخييرى ، فى الشيء الباقى على ما أسلفنا .

أما إذا هلك المحل الاصلى بخطأ المدين ، فان الدائن لا يطالب المدين إلا بالتعويض عن هذا المحل ، دون أن يستطيع المطالبة بالبديل ، فليس البديل كما قدمنا محلاً للالتزام . وإنما يجوز للمدين أن يتوفى دفع التعويض بأن يوفى بالبديل ، فيبرئ هذا الوفاء ذمته من الدين ، وقد كان قادراً على أن يفعل ذلك قبل هلاك المحل الاصلى ، فهو على فعله بعد الهلاك أقدر .

وإذا هلك البديل بعد هلاك المحل الاصلى ، سواء كان هلاك البديل بخطأ المدين أو بغير خطأه ، فان الواجب على المدين هو التعويض عن المحل الاصلى لا التعويض عن البديل ، فان المحل الاصلى هو وحده محل الالتزام ، والبديل لا يقوم مقامه فى الوفاء إلا إذا كان موجوداً .

وإذا هلك المحل الاصلى بخطأ الدائن ، فان الدائن يكون بمثابة من استوفى حقه . ولكن يجوز للمدين فى هذه الحالة أن يوفى بالبديل ، ثم يطالب الدائن بقيمة المحل الاصلى الذى هلك بخطأه .

١١٥ - **هولك البديل** : أما إذا هلك البديل بسبب أجنبي أو بخطأ المدين ، فان الالتزام لا ينقضى كما قدمنا ، بل يبقى قائماً على محله الاصلى . فان المحل الاصلى وحده هو محل الالتزام ، وهو باق فيبقى معه الالتزام . ولكن الالتزام البلى يتقلب بهلاك البديل التزاماً بسيطاً ، ليس لمحله بديل عند الوفاء .

وإذا هلك المحل الأصلي بعد هلاك البديل ، فإن كان هلاك المحل الأصلي بسبب أجنبي فقد انقضى الالتزام ، وإن كان بخطأ المدين فإن الدائن يتقاضى قيمة المحل الأصلي لقيمة البديل على النحو الذى يبيناه فيما تقدم .

وإذا هلك البديل بخطأ الدائن ، بى الالتزام قائماً ، على عمله الأصلي ، فيطالب الدائن المدين بهذا المحل ، ويرجع المدين على الدائن بقيمة البديل الذى هلك بخطأه . ولكن لما كان المدين يستطيع أن يوفى بالبديل عوضاً عن المحل الأصلي ، فإنه فى هذه الحالة يستطيع أن يمتنع عن الوفاء بالمحل الأصلي وأن يعتبر نفسه قد وفى الدين بالبديل ، إذ أن الدائن بعد أن أهلك البديل بخطأه يكون بمثابة من استوفاه .

البُنية السَّليمة

تعدد طرفي الالتزام

١١٦ - صور التعدد - الالتزام متعدد الأطراف والالتزام

التضامني والالتزام غير القابل للانقسام : قد يلحق الالتزام وصف التعدد في طرفيه ، أحدهما أو كليهما . ولهذا التعدد صور ثلاث :

(١) فاما أن يتعدد طرفا الالتزام أو أحدهما في غير تضامن ما بين الأطراف المتعدين ، فيتعدد الدائن ، أو يتعدد المدين ، أو يتعدد كل من الدائن والمدين ، دون أن تربط الأطراف المتعدين رابطة خاصة تجعلهم متضامنين في الحق أو في الدين . ويسمى الالتزام في هذه الحالة بالالتزام متعدد الأطراف (obligation conjointe) .

(٢) وإما أن يتعدد طرفا الالتزام أو أحدهما في تضامن ما بين الأطراف المتعدين . ويسمى الالتزام في هذه الحالة بالالتزام التضامني (obligation solidaire) . فإذا كان المتعدد هو الدائن ، كان هناك تضامن ما بين الدائنين وهو تضامن إيجابي (solidarité active) . أما إذا كان المتعدد هو المدين ، وهذا هو الغالب ، كان هناك تضامن ما بين المدينين وهو تضامن سلبي (solidarité passive) .

(٣) وإما أن يتعدد طرفا الالتزام أو أحدهما في التزام لا يتجزأ تنفيذه . ويسمى الالتزام في هذه الحالة بالالتزام غير القابل للانقسام (obligation indivisible) (١) .

(١) وهناك التزام متعدد أطرافه لا على سبيل الجمع بل على سبيل التخيير ، فيكون الدائن متعلداً على أن يكون أحد هؤلاء المتعدين دون الباقي هو الدائن وحده ، أو يكون المدين متعلداً على أن يكون أحد هؤلاء المتعدين دون الباقي هو المدين وحده — ويسمى الالتزام الذي تتعدد أطرافه على سبيل التخيير بالالتزام التخييري الطرف ، ويدعى في فرنسا بعبارة (Obligation

والصورتان الثانية والثالثة — التضامن وعدم القابلية للانقسام — لا يتحققان بمجرد تعدد الأطراف ، بل لابد من توافر شروط خاصة لتحقيق كل منهما . أما الصورة الأولى فتتحقق بمجرد تعدد طرفي الالتزام الناشئ من مصدر واحد . ومن ثم كان الأصل في الالتزام الذي تتعدد أطرافه أن يكون التزاماً متعدد الأطراف ، لا التزاماً تضامنياً ولا التزاماً غير قابل للانقسام . فالتضامن وعدم القابلية للانقسام لا يفترضان ، بل لابد لهما من شروط خاصة كما قدمنا . على أن الغالب الذي يكثر وقوعه في العمل هو الالتزام التضامني ثم الالتزام غير القابل للانقسام .

ونبحث في فصول ثلاثة متعاقبة الالتزام متعدد الأطراف والالتزام التضامني والالتزام غير القابل للانقسام .

= disjointe) . فكذا يعتمد الحمل في الالتزام التخيري الحمل على أن يكون أحد احوال المتعدة هو وحده محل الالتزام ، كذلك تتعدد الأطراف في الالتزام التخيري الطرف على أن يكون أحد الأطراف المتعددة هو وحده الدائن أو المدين . ويتحقق ذلك أكثرما يتحقق في الوصية ، فيوصي الشخص لفلان ثم لفلان إن مات الأول قبله . حل أنه نادر الوقوع في العمل ، ولم يسه في فرنسا إلا بعض فقهاء القرن التاسع عشر (أنظر ديملوب ٢٦ فقرة ١٠١ — فقرة ١٠٤ — وأنظر في المتن التي قدمناه بودي وبارد ٢ فقرة ١١٠٧ ص ٢٤٤ هامش رقم ١) . هذا ولا يوجد ما يمنع من أن يجمع الالتزام أوصافاً عدة ، فيكون التزاماً شرطياً ويكون في الوقت ذاته تخيرياً من حيث الحمل وتضامنياً من حيث الأطراف (دى باج ٣ فقرة ٢٨٧) .

الفصل الأول

الالتزام متعدد الأطراف

(Obligation conjointe)

١١٧ - **ومدة المصدر ونسبة الأثر** : إذا تعدد في الالتزام طرفه ولم تتحقق فيه شروط التضامن أو شروط عدم القابلية للإنقسام ، كان التزاماً متعدد الأطراف كما قدمنا . والالتزام متعدد الأطراف هو التزام واحد من حيث المصدر ، متعدد من حيث الأثر فينقسم على أطرافه . وهذا بخلاف الالتزام التخييري ، فهو واحد من حيث المصدر وواحد أيضاً من حيث الأثر فيتوحد بالنسبة إلى محله (١) .

فتتكمّل إذن في الالتزام متعدد الأطراف من حيث مصدر التعدد ومن حيث الأثر الذي يترتب على هذا التعدد .

١٥ - مصدر التعدد في الالتزام متعدد الأطراف

١١٨ - **القانون والادارة** : أكثر ما يكون مصدراً لتعدد الأطراف في الالتزام هو القانون ، سواء في ذلك تعدد الدائنين أو تعدد المدينين . ولكن قد لا يكون القانون هو مصدر التعدد ، بل يكون المصدر هو إرادة طرفي الالتزام .

١١٩ - **القانون مصدر التعدد** : ويقع ذلك أكثر ما يقع في الميراث . فان الدائن إذا مات آل الحق الذي له في ذمة مدينه إلى ورثته ، ويكونون في أكثر الأحوال متعددين . فيصبح الحق ، بعد أن كان له دائن واحد ، له دائنون

(١) أنظر في هذا المعنى حتى باج ٣ ص ٢٨٠ هامش رقم ٢ .

متعددون هم الورثة ، وسرى أن الحق في هذه الحالة ينقسم على الورثة كل بقدر نصيبه في الميراث (١) . كذلك إذا مات المدين وترك ورثة متعددين ، فإن الدين — في القانون الفرنسي لا في الشريعة الإسلامية (٢) — ينتقل إلى ورثته ، فيصبح ذا مدينين متعددين ينقسم عليهم الدين كل بقدر نصيبه في الميراث .

(١) وهذه حالة من حالات الدين المشترك في الفقه الإسلامي ، ونظام الدين المشترك أخذ به الثقنين المدني العراقي دون الثقنين المدني المصري كما سرى .
(٢) ومع ذلك يصور الأستاذ إسماعيل غانم انتقال الديون إلى ورثة المدين في الشريعة الإسلامية على النحو الآتي : « إن أموال المورث وديونه تنتقل جميعاً إلى الوراث بمجرد الوفاة فيصبح مالكاً لتلك الأموال ومديناً بالديون . غير أن مسؤوليته عن هذه الديون ليست مسؤولية شخصية تمتد إلى كافة أمواله للمورث منها وغير المورث ، وإنما هي مسؤولية عينية محددة تنحصر فيما تلقاه عن مورثه من أموال ، تنتقل إليه هذه الأموال محملة بحق حتى تبى لصلحة الدائنين بخلاف لم استيفاء ديونهم منها بالأفضلية على دائي الوراث الشخصيين ، كما يقول لم تتبع تلك الأموال إذا تصرف فيها الوراث قبل سداد ديونهم » (أحكام الالتزام بقرة ١٩ ص ٣١ — ورسالته في اللغة المالية بقرة ٢٦ — بقرة ٣٢) . ثم يقول في موضع آخر : « تطبق القاعدة ذاتها (قاعدة انقسام الدين) في القانون الفرنسي إذا توفى المدين عن عدة ورثة ، فينقسم الدين بينهم كل بقدر حصته في التركة . أما في القانون المصري ، فلا يخضع الدين لقاعدة الانقسام . ويفسر ذلك عادة بأن الديون لا تنتقل إلى الورثة أصلاً ، بل تكون التركة هي المدينة على أساس بقاء الديون متعلقة بلمة المورث ، فيفترض استمرار ذمته بعد وفاته إلى أن تسوى ديونه من أمواله . وقد سبق الإشارة إلى أن التفسير الصحيح لمركز الوراث في القانون المصري يفضي التسليم بأن أموال المتوفى وديونه تنتقل إلى الورثة بمجرد الوفاة ، ولكن ذلك لا يني أن الالتزام ينقسم بين الورثة في علاقتهم بالدائن ، فمن المسلم أن الورثة ، ومسؤوليتهم عن ديون المورث مسؤولية عينية محددة بالأموال التي تركها ، لا يتلقون تلك الأموال خالصة ، بل محملة بحق عيني تبى يكفل للدائنين تتبع أعيان التركة والأولوية في استيفاء حقوقهم منها . والقاعدة أن الحق العيني التبى لا يقبل التجزئة ، وعلى ذلك فلدائن أن يرجع بمحقه كاملاً على أي مال من أموال التركة . فإذا انقسمت الورثة أموال التركة ، فاختص أحدهم بيمين معينة تعادل حصته في الميراث ، فلدائن رغم ذلك أن يستوفى حقه كاملاً من تلك العين بوصفها محملة بحق عيني تبى يكفل له ضماناً لا يقبل التجزئة . وليس للوراث ، وإذا ولى الدين كاملاً أو استوفى الدين جبراً عليه من العين التي اختص بها في القسمة ، إلا أن يرجع على الورثة الآخرين بما زاد عن حصته في الدين » (أحكام الالتزام ص ٢٧٢ هامش رقم ١) . ويبدو أن الأستاذ إسماعيل غانم يذهب إلى أن الدين في الشريعة الإسلامية ينتقل إلى الوراث بمنصريه من مدبونية ومسؤولية ، ولكن المسؤولية محدودة بما أصابه الوراث من مال التركة ، أما عدم انقسام الدين على ورثة المدين فيرجع إلى هذا الحق العيني التبى الذي يقتل كل أموال التركة وهو حق غير قابل للانقسام .
(م ١٣ — الوسيط)

وقد ينص القانون ، فى غير الميراث ، على تعدد أطراف الالتزام . من ذلك ماقتضى به الفقرة الأولى من المادة ٥٢٣ مدنى ، فهى تنص على ما يأتى : « إذا لم تنف أموال الشركة بديونها ، كان الشركاء مسئولين عن هذه الديون فى أموالهم الخاصة ، كل منهم بنسبة نصيبه فى خسائر الشركة ، مالم يوجد اتفاق على نسبة أخرى . ويكون باطلا كل اتفاق يعنى الشريك من المسئولية عن ديون الشركة » .

فهذا نص يجعل لالتزام الشركة المدينة — إلى جانب المدين الأصيل وهو الشركة — مدينين متعددين هم الشركاء ، وقد جعلهم النص مسئولين ، عندما لا تنفى أموال الشركة بوفاء الالتزام ، فى أموالهم الخاصة كل بقدر نصيبه فى الخسارة . وكان الأصيل ألا يكون هؤلاء الشركاء مسئولين عن ديون الشركة فى أموالهم الخاصة ، لأن الشركة شخص معنوى وهو وحده المسئول عن ديونه ، لولا النص الذى أوردناه . وما دام القانون قد أوجد هؤلاء المدينين المتعددين ، فالأصيل ألا يكون بينهم تضامن وأن ينقسم الالتزام عليهم . وهذا حكم يستمد من المبادئ العامة ، دون حاجة إلى أن ينص عليه القانون . غير أن المادة التالية ، وهى المادة ٥٢٤ مدنى ، أكدت هذا الحكم مع تحوير فيه إذ قضت بما يأتى : « ١ — لا تضامن بين الشركاء فيما يلزم كلا منهم من ديون الشركة ، ما لم يتفق على خلاف ذلك . ٢ — غير أنه إذا أعسر أحد الشركاء ، وزعت حصته فى الدين على الباقيين كل بقدر نصيبه فى الخسارة » . فهنا نص القانون صراحة على عدم التضامن بين المدينين المتعددين ، ولكنه استبعد نتيجة هامة من نتائج عدم التضامن . ذلك أن عدم التضامن من المدينين يؤدى إلى انقسام الدين عليهم ، فإذا أعسر أحدهم لم يتحمل الباقي هذا الإعسار ، ويتحمله الدائن . ولكن النص يقضى صراحة بأن المدينين يكونون مسئولين عن إعسار أى منهم ، بالرغم من انقسام الالتزام عليهم . فإذا أعسر أحدهم وزعت حصته على الباقيين ، كل بقدر نصيبه فى تحمل الخسارة .

ويلاحظ فى الأمثلة المتقدمة أن الدين نشأ ابتداء لصالح دائن واحد أو فى ذمة مدين واحد ، ثم خلفه عليه الورثة أو الشركاء فتعدد الدائنون أو المدينون . ويصح أن ينشأ الدين منذ البداية لصالح دائنين متعددين أو فى ذمة مدينين

متعدددين . فإذا قبض أحد الورثة غلة التركة ، كان مديناً لسائر الورثة بأنصبتهم في هذه الغلة ، فينشأ الدين ابتداء لصالح دائتين متعددين . وإذا أوصى شخص بمبلغ من النقود لآخر يأخذه من تركته ، فإن الورثة وهم يمثلون التركة يكونون مدينين متعددين منذ البداية في هذا الالتزام الموصى به .

١٢٠ - الإرادة مصدر التعدد : وقد تكون الإرادة هي مصدر

تعدد الدائتين أو المدينين . فإذا باع الشركاء في الشيوع الدار التي بينهم ، أو باعت الورثة عيناً من أعيان التركة ، فالأصل أن يكون للالتزام بالثمن الذي نشأ في ذمة المشتري دائتون متعددون ، هم الشركاء في الشيوع أو الورثة ، وما لم يشترط هؤلاء الدائتون التضامن فيما بينهم انقسم الحق عليهم كل بنسبة نصيبه في البيع . وسنرى أن هذه هي إحدى حالات الدين المشترك في الفقه الإسلامي ، ولكن التقنين المدني المصري بخلاف التقنين المدني العراقي لم يأخذ بنظام الدين المشترك ، فينقسم الدين على الدائتين كما قلنا . وإذا اشترى عدة أشخاص داراً واحدة على الشيوع صفقة واحدة ، فإن الالتزام بالثمن يكون له مدينون متعددون هم هؤلاء المشترون ، وينقسم الالتزام عليهم كل بقدر نصيبه في الدار ، ولا يكون هناك تضامن بينهم إلا إذا اشترطه البائع عليهم .

وبلاحظ في الأمثلة المتقدمة — حيث كان مصدر تعدد الدائتين أو المدينين هي الإرادة — أن الدين قد نشأ وله أطراف متعددون منذ البداية .

٢٥ - الأثر الذي يترتب على التعدد في الالتزام متعدد الأطراف

١٢١ - انقسام الالتزام على أطرافه : الأثر الذي يترتب على

التعدد ، إذا كان الالتزام متعدد الدائتين أو متعدد المدينين دون تضامن فيما بينهم ، أن الالتزام ينقسم بحكم القانون على الدائتين المتعددين أو على المدينين المتعددين ، كل بالقدر المتفق عليه أو بالقدر الذي يعينه القانون . فالاتفاق يعين نصيب كل مشتر من المشترين المتعددين للدار إذا اشتروها صفقة واحدة دون تضامن فيما بينهم ، فيلتزم كل منهم بحصة من الثمن تساوى مقدار نصيبه

في الدار حسب الاتفاق الذي يتم بينهم . والقانون يعين نصيب كل وارث ،
إذا وُثِرَ الجميع ديناً لصالح التركة (١) . فإذا لم يعين الاتفاق أو القانون نصيب
كل من الدائنين أو المدينين المتعددين ، لم يبق إلا أن ينقسم الالتزام عليهم
بحسب الرؤوس أى بأنصبة متساوية (٢) .

ومتى انقسم الالتزام على الدائنين أو المدينين المتعددين ، أصبح بموجب
هذا الانقسام التزامات متعددة لصالح الدائنين المتعددين أو في ذمة المدينين
المتعددين ، ويكون كل التزام من هذه الالتزامات المتعددة مستقلاً عن
الالتزامات الأخرى (٣) .

١٢٢ - النتائج التي تترتب على انقسام الالتزامات : وتترتب على

انقسام الالتزام وصيرورته التزامات متعددة مستقلة على النحو الذي بسطناه
نتائج هامة ، نذكر منها :

أولاً - إذا انقسم الالتزام على دائنين متعددين :

(١) كل دائن لا يستطيع أن يطالب المدين إلا بنصيبه ، ولا يستطيع المدين
أن يدفع له أكثر من نصيبه .

(١) أما بالنسبة إلى ورثة المدين ، فالدين في الشريعة الإسلامية لا ينقسم على هؤلاء الورثة ،
وقد تقدم ذكر ذلك .

(٢) ويلاحظ أن الدين ينقسم بحسب نصيب كل من الأطراف أو بأنصبة متساوية ، لا فحسب
في علاقة الدائنين بالمدين أو علاقة المدينين بالدائن ، بل أيضاً فيما بين الدائنين أو فيما بين
المدينين بعضهم مع بعض ، أى أن نصيب كل منهم في الالتزام بالدين (*obligation à la dette*)
مماثل لنصيبه في المساهمة فيه (*contribution à la dette*) . وسنرى في الالتزام التضامني وفي
الالتزام غير القابل للانقسام أن النصيب في الالتزام بالدين قد يخطف عن النصيب في المساهمة
فيه (دي باج ٣ فقرة ٢٩١) . عل أنه يجوز ، في الالتزام متعدد الأطراف ، الاتفاق على أن يكون
النصيب في الالتزام بالدين غير النصيب في المساهمة فيه (دي باج ٣ فقرة ٢٨٩ ص ٢٨٢) .
وجوز أن ينشأ من العقد الواحد التزامات عدة ، بعضها قابل للانقسام وبعضها غير قابل له ،
فإذا اشترى شخصان داراً صفقة واحدة ، فإن الالتزام بالدين يكون قابلاً للانقسام ، أما الالتزام
بتسليم الدار فإنه يكون غير قابل له (دي باج ٣ فقرة ٢٨٩ ص ٢٨٢) .

(٣) على أن هذا الاستقلال لا يكون كاملاً من بعض الوجوه التفصيلية (أنظر في ذلك
بردري وبارود ١١١ فقرة ١١١ - ديمولومب ٢٦ فقرة ١١٣ - فقرة ١١٤) .

(٢) قطع التقادم أو وقفه أو الإعذار أو المطالبة القضائية، إذا تم من جانب أحد الدائنين، يسرى أثره بالنسبة إليه وحده دون غيره من الدائنين الآخرين، فينقطع التقادم أو يقف لصالحه وحده، ويعتبر المدين معذراً بالنسبة إليه وحده، وتسرى فوائد التأخير المترتبة على المطالبة القضائية له وحده.

(٣) إذا أبطل الدين أو فسخ أو انقضى بالنسبة إلى أحد الدائنين، لم يؤثر ذلك في حقوق الباقيين، بل يبقى كل منهم دائناً بقدر نصيبه، ولا ينتقل إليهم نصيب الدائن الذى أبطل دينه أو فسخ.

(٤) إذا وفى المدين أحد الدائنين ثم أعسر، لم يرجع باقى الدائنين الذين لم يستوفوا أنصبتهم على الدائن الذى استوفى نصيبه، إذ كل حق مستقل عن الحقوق الأخرى كما قلنا.

ثانياً — إذا انقسم الالتزام على مدينين متعددين :

(١) كل مدين لا يكون ملتزماً إلا بنصيبه، ولا يستطيع الدائن أن يطالبه بأكثر من ذلك.

(٢) قطع التقادم أو وقفه أو الإعذار أو المطالبة القضائية، إذا تم ضد أحد المدينين، يقتصر أثره على هذا المدين ولا يتعداه إلى المدينين الآخرين.

(٣) إذا أبطل دين أحد المدينين أو فسخ أو انقضى أو ارتكب أحد المدينين خطأ، فإن أثر ذلك يقتصر على هذا المدين، فلا يكون المدينون الآخرون مسئولين عن نصيب من أبطل دينه أو فسخ أو يكونون مسئولين عن خطأه. وإذا كان هناك شرط جزائى يتناول جميع الدين، فالمستول من المدينين بموجب هذا الشرط الجزائى هو وحده الذى يطالب به بمقدار نصيبه منه فقط.

(٤) إذا أعسر أحد المدينين، لم يتحمل إعساره الباقيون، والدائن هو الذى يتحمل هذا الإعسار (١).

(١) أنظر فى كل هذه النتائج أوبرى ورو ٤ فقرة ٢٩٨ ص ٢٣ — بودى وبارد ٢ فقرة ١١١٢ — فقرة ١١١٣ — بلانويك وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٥٧ — دي باج ٣ فقرة ٢٩٠.

وانقسام الدين ، بما يجز من النتائج على النحو المتقدم ، يجعل الدين ضعيف الأثر . ومن ثم يؤثر الناس عند التعامل توفى هذه النتائج ، باشتراط أن يكون الالتزام تضامنياً أو غير قابل للانقسام (١) .

= وقد ورد في تفتين الموجبات والعقود البنائي من النصوص في هذا الصدد ما يأتي :

م ٩ : يجوز أن يختص الموجب الواحد بعدة أشخاص موجب لم أو موجب عليهم . وتقسّم الموجبات من هذا القبيل إلى موجبات متقارنة وموجبات متضامنة .

م ١٠ : إن توزيع المنافع والتكاليف في الموجبات المتقارنة يتم حتماً على قاعدة المساواة بين الدائنين والمدينين ، ما لم يكن المقد يقضى بخلاف ذلك . فيكون في الحقيقة عدد الديون بقدر عدد الدائنين أو المدينين ، وهو الأمر الذي يجب الاعتماد به ، ولا سيما في : ١ - ما يتعلق بحق المدعاة ، إذ لا يمكن أحد الدائنين أن يستعمل هذا الحق ، كما لا يمكن استعماله على أحد المدينين ، إلا بقدر النصيب الذي يكون للدائن أو النصيب الذي يكون على المدين من ذلك الموجب . ٢ - ما يختص بإنذار كل من المدينين أو بنسبة انقطاع إليه ، فإن الإنذار ونسبة الخطأ يتآن في شأن كل مدين على حدة . ٣ - ما يتعلق بتقدير أحوال البطلان التي يمكن أن تكون شخصية لكل ذي شأن في الموجب . ٤ - ما يختص بالأعمال التي تقطع حكم مرور الزمن بالأسباب التي توقف سريانه .

الفصل الثاني

الالتزام التضامنى^(*)

(obligation solidaire)

١٢٣ — **التضامن بين المراتبين والتضامن بين المدينين** : قلنا أن الطرف المتعدد في الالتزام التضامنى قد يكون هو الدائن فيكون هناك تضامن بين الدائنين ، وقد يكون هو المدين فيكون هناك تضامن بين المدينين . والتضامن بين المدينين هو الأكثر وقوعاً في العمل .

وسواء كان التضامن بين الدائنين أو بين المدينين ، فهو أحد طرق الضمان للمدين ، بل هو أبلغ في الضمان من الكفالة . ذلك أن الدائن في الكفالة — إذا

(*) مراجع : بيلون (Pilon) في النظرية العامة في النيابة في الالتزامات رسالة من كان سنة ١٨٩٧ — يوانيد (Ioanid) في التضامن الناقص رسالة من باريس سنة ١٩٠٢ — ديشون (Duchon) في النيابة في التضامن رسالة من باريس سنة ١٩٠٧ — هامل (Hamel) رسالة من پوانيه سنة ١٩٠٨ — أودينو (Oudinot) في النيابة الناقصة في القانون الفرنسى رسالة من باريس سنة ١٩٠٩ — هوانج هاى (Huang-Hai) في التضامن للسلبى رسالة من باريس سنة ١٩٣٤ — فرانسوا (I. François) في التمييز بين الالتزام التضامنى والالتزام التضامى (in solidum) رسالة من باريس سنة ١٩٣٦ — دراكيديس (Drakidis) في المبدأ اتقاضى بأن التضامن لا يفترض رسالة من باريس سنة ١٩٣٩ . هرفيه (Hervé) في التضامن وعدم القابلية للانقسام والكفالة رسالة من بورجو سنة ١٩٤٠ — كايزر (Kaiser) رسائل في التضامن في المسئولية عن العمل غير المشروع المجلة الانتقادية سنة ١٩٣١ ص ١٩٧ — فانسان (Vincent) توسع القضاء في فكرة التضامن السلبى المجلة الفصلية لقانون المصدق سنة ١٩٣٩ ص ٦٠١ .

أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٩٨ وما بعدها — يودرى وبارد ٢ فقرة ١١٠٧ وما بعدها — بكتاز ٢ فقرة ٧٨٤ وما بعدها — بلانيول وريير وجابولد ٧ فقرة ١٠٥٩ وما بعدها — بيدان ولاجارد ٨ فقرة ١١٠٧ وما بعدها — دى پاچ ٣ فقرة ٣١١ وما بعدها — بلانيول وريير وبولانيه ٢ فقرة ١٨٤١ وما بعدها — كولان وكايتان ٢ فقرة ٤١١ وما بعدها — جوسران ٢ فقرة ٧٥٤ وما بعدها .

لم يكن الكفيل متضامناً مع الدين — لا يستطيع أن يرجع إلا على المدين الأصلي أولاً ، فإذا لم يستوف حقه منه رجع على الكفيل . أما في التضامن فالدائن يستطيع أن يرجع على أى مدين متضامن بكل الدين ، هذا إذا كان التضامن بين المدينين . فإذا كان التضامن بين الدائنين فأى دائن متضامن يستطيع أن يطالب المدين بكل الدين ، ومن جهة أخرى فإن وفاء المدين لأى دائن متضامن بكل الدين مبرىء لدمته بالنسبة إلى سائر الدائنين (١) ، وهذا ما يجعل التضامن ما بين الدائنين أقرب إلى أن يكون ضماناً للمدين منه ضماناً للدائن كما سنرى .

والتضامن بنوعيه يقتضى بوجه عام أن تكون هناك شركة أو في القليل اشتراك في المصلحة (communauté d'intérêts) بين الأطراف المتضامنين ، وهذه المصلحة المشتركة هي التي تبرر أحكام التضامن (٢) .

ويصح أن يجتمع في التزام واحد تضامن الدائنين وتضامن المدينين ، فيكون الالتزام متعدد الدائنين مع تضامنهم ومتعدد المدينين مع تضامنهم أيضاً . ويجوز في هذه الحالة لأى دائن أن يطالب أى مدين بكل الدين ، كما يجوز لأى مدين أن يني لأى دائن بكل الدين ، فالوفاء من أى مدين لأى دائن يقضى الدين بالنسبة إلى سائر المدينين وإلى سائر الدائنين (٣) .

الفرع الأول

التضامن بين الدائنين

(Solidarité entre créanciers—Solidarité active)

١٢٤ — مباهة مبررة : نبحث في التضامن بين الدائنين :

(أولاً) مصدر هذا التضامن .

(ثانياً) والآثار التي تترتب عليه .

(ثالثاً) ثم نعرض بصورة خاصة لدين يقوم فيه ضرب من التضامن بين

(١) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٥٩ ص ٤١٤ .

(٢) بوددى وبارد ٢ فقرة ١١١٩ .

(٣) بوددى وبارد ٢ فقرة ١١١٦ .

الدائنين ، وهي الصورة المعروفة في الفقه الإسلامي بالدين المشترك ، وقد نقلها عنه التقنين المدني العراقي دون التقنين المدني المصري (١) .

المبحث الأول

مصدر التضامن بين الدائنين

١٢٥ - **النصوص القانونية** : تنص المادة ٢٧٩ من التقنين المدني المصري على ما يأتي :

« التضامن بين الدائنين أو بين المدينين لا يفترض ، وإنما يكون بناء على اتفاق أو نص في قانون » (٢) .
ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادتين ١٠٧/١٦١ و ١٠٨/١٦٢ (٣) .

(١) وقد عني التقنين المدني الجديد بالتضامن فلم يورده مقتضياً كما فعل التقنين المدني السابق ، وعنى بالتضامن بين المدينين بوجه خاص لأهميته العملية . حل أن أكثر الأحكام التي نص عليها فيه يسهل تصور نظائرها في التضامن بين الدائنين ، وهذا ما استفعله فيما يلي . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي : « ألزم التقنين الراهن (السابق) ما عهد فيه من الاقلال والاقتضاب فيما يتعلق بأحكام التضامن ، مع ما لها من عظيم الخطر . فلم يكن بد من أن يمد المشروع إلى تنظيم صورتي التضامن تنظيمًا أشمل ، وأن يبنى بوجه خاص بالتضامن السلبي وهو أهم هاتين الصورتين في فطاق العمل . حل أن أكثر الأحكام التي عني المشروع بوضعها فيما يتعلق بالتضامن بين المدينين من الميسور تصور نظيرها بصدد التضامن بين الدائنين . بيد أنه رُوي إلغاء هذه الأحكام في معرض إيراد القواعد المتعلقة بهذا الضرب من التضامن ، حتى لا يتواءم المشروع بنصوص حطها من التطبيق العمل جديس (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٩) .

(٢) **تاريخ النص** : ورد هذا النص في المادة ٤٠٣ من المشروع التمهيدى على وجه مقارب لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، ثم حور تحويراً طفيفاً في لجنة المراجعة فأصبح مطابقاً لما استقر عليه ، وأصبحت المادة رقماً ٢٩١ من المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٢٧٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٥١ - ص ٥٢) .

(٣) **التقنين المدني السابق** م ١٠٧/١٦١ : إذا تضمن التمهيد التفويض من كل من المتعهد لهم الباقي في استيفاء الشيء المتعهد به ، يكون كل منهم قائماً مقام الباقي في ذلك . وفي هذه الحالة تتبع القواعد المتعلقة بأحوال التوكيل .

ويقابل في التقنيات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٢٧٩ ، وفي التقنين المدني الليبي المادة ٢٦٦ ، وفي التقنين المدني العراقي المادة ٣١٥ ، وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ١٢(١) .

١٢٦-التضامن بين الدائنين مصدره الإرادة أو الإجماع بوجه عام :

بالرغم من أن نص المادة ٢٧٩ سالفة الذكر قد شمل التضامن بين الدائنين والتضامن بين المدنيين وقضى بأن مصدر التضامن يكون بناء على اتفاق أو نص في القانون ، فلا يتوهم من ذلك أن التضامن بين الدائنين هو كالتضامن بين المدنيين يكون بناء على اتفاق أو نص في القانون . فالتضامن بين الدائنين لا يكون مصدره إلا الاتفاق أو الوصية ، أي الإرادة بوجه عام ، ولا يكون بمصدره القانون(٢) .

م ١٠٨/١٦٢ : لا يلزم كل واحد من الممتدين بوفاء جميع الممتد به إلا إذا اشترط تضامنهم لبعضهم في العقد أو أوجبه القانون ، وفي هذه الحالة يعتبر الممتدون كفلاء لبعضهم بعضاً وكلاء عن بعضهم بعضاً في وفاء الممتد به ، وتلتج القواعد العامة المتعلقة بأحكام الكفالة والتوكيل . (والتقنين المدني الجديد لم يغير من مصدر التضامن الإيجابي فهو الاتفاق ، ولا من مصدر التضامن السلبي فهو الاتفاق أو نص في القانون . أما ما عرّض له التقنين المدني السابق من أن أحكام الكفالة تنطبق على التضامن الإيجابي وأن أحكام الوكالة والكفالة تنطبق على التضامن السلبي ، فقد تجنب ذكره التقنين المدني الجديد ، مقتصرأ على التطبيقات التشريعية التي أتى بها وهي تخرج في بعض الأحوال على هذه الأحكام) .

(١) التقنيات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٢٧٩ (مطابقة المادة ٢٧٩ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني الليبي م ٢٦٦ (مطابقة المادة ٢٧٩ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٣١٥ : لا يكون الدائنون متضامين إلا إذا كان هناك اتفاق على ذلك

أو كان القانون ينص على تضامنهم . (ونجد هنا التقنين المدني العراقي يصرح بأن القانون قد يكون مصدراً لتضامن الدائنين ، وليس يوجد تطبيق لذلك : راجع الاستاذ حسن الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ١٩٣ وهو لا يشير إلى أي تطبيق في هذا الصدد) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ١٢ : إن التضامن بين الدائنين لا يؤخذ بالاستنتاج ،

بل يجب أن ينشأ من عقد قانوني أو من القانون أو عن ماهية العمل .

(وهنا أيضاً نجد التقنين اللبناني يشير إلى القانون مصدراً لتضامن الدائنين دون أن يورد مثلاً لذلك) .

(٢) أوبري ورو ٤ فقرة ٢٩٨ مكررة ص ٢٤ - يودى وبارد ٢ فقرة ١١٢٢ ص ٢٥٢ -

والتضامن بين الدائنين نادر الوقوع في العمل . وأكثر مايقع عندما يكون هناك مدينون متضامنون ثم يتقلبون إلى دائنين متضامين . مثل ذلك أن يبيع ثلاثة ستن قنطاراً من القطن ويتضامنون في الالتزام بالتسليم ، ثم لا يدفع المشتري الثمن ، فيكونون دائنين بالتضامن في المطالبة بفسخ البيع . وكذلك لو كان العقد هبة وأراد الواهبون المتضامنون الرجوع في الهبة ، فانهم يكونون دائنين متضامين في هذا الرجوع . ويصح أن يكون مصدر تضامن الدائنين الوصية ، فيوصى شخص لأشخاص متعددين بمبلغ من النقود يستوفونه من تركته ويجعلهم متضامين في المطالبة بهذا المبلغ (١) ، وهنا نشأ التضامن الإيجابي منذ البداية ولم ينعكس عن تضامن سلبى (٢) .

= وفقرة ١١٢٦ — بلانيول وريبير وجابولك ٧ فقرة ١٠٦٠ — بلانيول وريبير وبولانجييه ٢ فقرة ١٨٤٦ — چوسران ٢ فقرة ٧٥٧ ص ٤١٢ — ويقول بيدان ولاجارد أنه لا توجد أية حالة لتضامن الإيجابي يكون مصدرها القانون ، وإذا كان يذكّر في بعض الأحيان حالة الشركاء في شركة التضامن ، فهؤلاء مدينون بالتضامن ، وليسوا دائنين بالتضامن ، والدائن هي الشركة دون غيرها (بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٨١١ ص ٩٨٦ — ص ٩٨٧) . أنظر أيضاً المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى حيث تقول : « قد يكون مصدر التضامن السلبى والإيجابى تعبيراً عن الإرادة » . ثم تقول : « هذا وقد يكون نص القانون مصدراً لتضامن السلبى » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٥١) — قارن مع ذلك التفتين المدنى للعراق المادة ٣١٥ وتفتين الموجبات والنقود البنائى المادة ١٢ .

(١) ديمولوب ٢٦ فقرة ١٣٣ وفقرة ٢١٩ — فقرة ٢٢٠ — لوران ١٧ فقرة ٢٥٤ وفقرة ٢٧٦ — بودوى وبارد ٢ فقرة ١١٢٣ وفقرة ١١٢٦ .

(٢) وعند القرنينين صورة عملية لتضامن بين الدائنين ، ألفوها مدة من الزمن للهرب من ضريبة التركات . وذلك بأن يودع المورث والوارث المحتمل — زوج وزوجه أو ابن وابنه أو نحو ذلك — النقود باسمهما في أحد المصارف على أن يكونا دائنين متضامين لهذا الحساب المشترك (compte joint) ، فيتمكن بذلك أى منهما أن يسحب من المصرف كل المبلغ بمفرده ، فإذا مات أحدهما وورثه الآخر سحب الوارث المبلغ كله ، فيفلت بذلك من ضريبة التركات . غير أن قانونين صدرا في ٣١ مارس سنة ١٩٠٣ و ٣١ ديسمبر سنة ١٩٠٣ اجبرا هذا الحساب المشترك ملكاً للدائنين ، فإذا مات أحدهما اعتبر نصيبه تركه تستحق عليها الضريبة . على أن باب التحايل لا يزال مفتوحاً من طريق إخفاء العنوان الحقيقى ، ومن طريق إيداع الحساب المشترك أحد المصارف الأجنبية حيث لا يسرى عليه التشريع الفرنسى (أنظر في ذلك بلانيول وريبير وجابولك ٧ فقرة ١٠٦١ — بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٨١١ ص ٩٨٧ — ص ٩٨٨ — دى باج ٣ فقرة ٣٢٧) — أما في مصر فتقع الحساب الجارى المشترك نادر الوقوع ، وترفضه —

والسبب في ندره التضامن بين الدائنين أن مضار هذا التضامن ترقى على فوائده . فإن الدائنين إذا اشترطوا التضامن بينهم لا يكسبون من وراء ذلك إلا أن أى دائن منهم يستطيع المطالبة بكل الدين ، كما يستطيع المدين أن يوفيه إياه كله . وهذا الكسب لا يعد شيئاً مذكوراً إلى جانب ما يتعرض له الدائنون من الخطر ، فإن أى دائن منهم يستطيع أن يقبض الدين كله ، فتبرأ ذمة المدين بهذا الوفاء ، وليس لسائر الدائنين إلا الرجوع كل بنصيبه على الدائن الذى استوفى الدين ، فاذا هو أعسر تحملوا تبعة إعساره ، وفي هذا من الخطر ما فيه . أما ما أفادوه من التضامن فيستطيعون الوصول إليه من غير هذا الطريق ، فانهم يملكون عند حلول الدين أن يعطوا أياً منهم توكيلاً بقبض كل الدين (١) . على أنه يلاحظ أن التفتين المدينى الجديدي قد تخفف بعض الشيء من مضار التضامن بين الدائنين ،

المصارف عادة غشية النزاع الذى يقع بين ورثة من يموت من أصحاب الحساب ومن بقى من هؤلاء حياً (الأستاذ عمن شقيق في القانون التجارى ٢ ص ٣٤٩ — الأستاذ إسمايل غانم في أحكام الالتزام ص ٢٧٥ هامش رقم ٢) .

كذلك صدر في فرنسا قانون في ١٦ يولييه سنة ١٩٣٤ وقانون آخر في ٨ أغسطس سنة ١٩٣٥ يمحلان حلة سندات القرض الواحد في موقف قريب من موقف الدائنين المتضامنين ، فحامل السند إذا قطع التقدم بالنسبة إلى الأرباح أفاد من ذلك حلة السندات الآخرين : وكذلك إذا هو حصل على حكم أفاد من الآخرين ولو لم يكونوا طرفاً فيه . وهذا الضرب من التضامن الإيجابى الخاص يصح أن يقال بأن مصدره القانون (أنظر في ذلك بلانيول وريبير وجابوليه ٧ فقرة ١٠٦٦ — ص ٤١٦ — ص ٤١٧) .

(١) بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٢٩ — بلانيول وريبير وجابوليه ٧ فقرة ١٠٦٠ — بيدان ولاجار ٨ فقرة ٨١١ ص ٥٩٦ — دى باج ٣ فقرة ٣٣٦ — هذا ويبدو الفرق واضحاً ما بين تضامن الدائنين والوكالة . فقد يوكل الدائن عنه شخصاً في قبض الدين ، فلا يكون هذا الوكيل دائناً متضامناً مع موكله ، فإن للدائن أن يزل من الوكالة ، وإذا قبض الوكيل الدين وجب عليه دونه الموكل إذ لا نصيب له فيه (بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٢٨) .

والتضامن بين الدائنين إذا كان نافعاً فهو أنفع للمدين من للدائنين المتضامنين ، إذ يتمكن لمدين أن يوفى الدين كله لأى من هؤلاء الدائنين فيبرأ ذمته نحو الباقين ، فبعبء التضامن له بذلك طريقاً ميسراً للوفاء بالدين ، ولا حاجة به أن يقسم الدين على الدائنين فيعطى لكل نصيبه ، وفي هذا من الكلفة والمشقة ما فيه . وقد كان التضامن بين الدائنين نافعاً في القانون الرومانى من ناحية خاصة بهذا القانون ، إذ كان يفتح الطريق لحالة الحق بأن يضم الدائن من يريد أن يحول له الحق دائناً متضامناً معه ، فيجيز بذلك للمدين أن يوفى الدين كله لهذا الدائن المتضامن (بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٢٩ ص ٢٠٦ — ص ٢٠٧) .

بأن نص في الفقرة الأولى من المادة ٢٨٠ على جواز ممانعة الدائنين في أن يوفى المدين الدين لأحدهم ، كما لو كان التضامن يتطوى على وكالة يجوز الرجوع فيها ، وسيأتى بيان ذلك .

١٢٧ - التضامن بين الدائنين لا يفترض : ولما كان التضامن بين

الدائنين مصلحه الإرادة أو الاتفاق ، فانه لا يجوز افتراض وجوده ، وما لم توجد إرادة واضحة لاختفاء فيها بانشاء هذا التضامن فانه لا يقوم . فاذا باع مثلاً ثلاثة أشخاص داراً لهم في الشيوع ، ولم يشترطوا على المشتري التضامن بينهم في وضوح ، فلا يستخلص من شيوع الدار بين الباعين أنهم متضامنون في تقاضى الثمن ، بل ينقسم الثمن عليهم كل بقدر نصيبه في الدار المبيعة . كذلك إذا كان المشتري قد اشترط على الباعين التضامن في التزامهم نحوه ، فان ذلك لا يؤخذ منه ضرورة أنهم متضامنون في حقوقهم عليه ، بل لابد من اشتراط التضامن في الحقوق كما اشترط في الالتزامات (١) .

على أنه لا يفهم من ذلك أن التضامن لابد أن يرد فيه شرط صريح ، فقد يستخلص ضمناً من الظروف والملازمات (٢) ، ولكن يجب ألا يكون هناك شك في أنه مشروط .

وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا المعنى ما يأتى : « ومن الأصول المقررة أن التضامن بنوعه لا يفترض . وليس يقصد بذلك إلى وجوب اشتراطه بصريح العبارة ، فقد تنصرف إليه الإرادة ضمناً ، ولكن ينبغي أن تكون دلالة الاقتضاء في مثل هذه الحالة واضحة لاختفاء فيها . فاذا اكتنف الشك هذه الدلالة ، وجب أن يؤول لنفى التضامن لا لإثباته » (٣) . وليس من

(١) لارومبيير ٣ م ١١٩٧ فقرة ١٨ — ديجولوب ٢٦ فقرة ١٣٨ — لوران ١٧ فقرة ٢٥٦ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٢١ . على أنه يصح أن يستخلص ضمناً من الظروف والملازمات أن التضامن في الالتزامات يستتبع التضامن في الحقوق (بلاتويل وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٦٠) .

(٢) على أنه يجب استخلاصه حتماً من الظروف والملازمات ، فإذا قام في شأنه شك أو لم يتيسر إثباته ، فإنه لا يفترض ، ويتعين استيماده في هاتين الحالتين (دى بلاج ٣ فقرة ٤١٤ ص ٢٩٩) .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٥١ .

الضرورى ، فى الشرط الصريح ، أن يستعمل لفظ « التضامن » ، فأى لفظ يؤدي هذا المعنى يكفى ، كأن يشترط الدائون أن يكون لأى دائن منهم أن يطالب المدين بكل الدين ، أو يشترط المدين أنه يستطيع الوفاء بكل الدين لأى من الدائنين .

ولا يفترض التضامن بين الدائنين حتى فى المسائل التجارية ، بل يجب اشتراطه فى وضوح (١) . وحتى فى شركة التضامن ، إذا كان كل الشركاء يديرون الشركة ، وأمكن لكل منهم أن يستوفى من مدينى الشركة ما عليهم من ديون لها ، فإن ذلك لا يعنى أن الشركاء دائون بالتضامن ، بل إن كل شريك إنما يعمل باسم الشركة ، والشركة وحدها هى التى تستوفى ديونها عن طريق وكيل عنها هو أحد الشركاء (٢) .

١٢٨ - وحدة المحل وتعدد الروابط : والتضامن بين الدائنين على

النحو الذى سبق ذكره يجعل الالتزام متعدد الروابط ولكنه موحد المحل . أما أن الالتزام يكون متعدد الروابط ، فذلك بأن كل دائن متضامن تربطه بالمدين رابطة مستقلة عن الروابط التى تربط المدين بالدائنين المتضامنين الآخرين ، فتعدد الدائنين المتضامنين يستتبع تعدد الروابط . وأما أن الالتزام يكون موحد المحل ، فذلك هو الذى يحفظ للالتزام وحدته بالرغم من تعدد الدائنين ، ولو أن الدائنين المتعديدين لم يكونوا متضامنين لما احتفظ الالتزام بوحدته ولكان التزاماً

(١) ليون كان وريتر ٣ فقرة ٣٨ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٢٧ — جريداق إنسيكلوبيدى دالوز ه لفظ (solidarité) فقرة ٨ .

(٢) ليون كان وريتر ٢ فقرة ٢٩٥ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٢٧ .
وإذا كان الدائن مدينون متضامنون ، ونزل عن حقه قبل أحدهم إلى محال له ، واستبقى المدينين الباقين ، فهل يصبح هو والمحال له ، بالنسبة إلى هؤلاء المدينين الباقين ، دائنين بالتضامن ويستخلص التضامن فى هذه الحالة من الظروف ؟ الظاهر أنه لا تقوم علاقة التضامن بينهما ولا يمكن استخلاصها من هذه الظروف ، ولكن يصح اعتبارهما دائنين بالتضامن (in solidum) على غرار المدينين بالتضامن (انظر بلانيوك وريبير وجابول ٧ فقرة ١٠٦٣ ص ٤١٨) .

أما إذا نزل الدائن عن حقه لمحال له دون أن يستبقى المدينين الآخرين ، فإن المحال له وحده هو الذى يصبح الدائن مكان الدائن الأصل ، وتتبقى علاقة الدائن الأصل بالمدينين المتضامنين .

متعدد الأطراف ينقسم على الدائنين المتعددين التزامات مستقلة بعضها عن بعض كما بينا فيما تقدم (١) .

وبحسبنا هنا أن نبين أهم المظاهر لتعدد الروابط بالرغم من وحدة المحل (٢) :
(١) يجوز أن تكون الرابطة التي تربط أحد الدائنين المتضامين بالمدين موصوفة وتكون الروابط الأخرى بسيطة . فيجوز أن يكون أحد الدائنين المتضامين دائماً تحت شرط أو إلى أجل ، ويكون سائر الدائنين المتضامين حقوقهم منجزة . كما يجوز أن تكون إحدى الروابط معلقة على شرط ، ورابطة أخرى مقترنة بأجل . وإلى هذا تشير الفقرة الأولى من المادة ٢٨١ ملغى إذ تنص على أنه «يجوز للدائنين المتضامين ، مجتمعين أو منفردين ، مطالبة المدين بالوفاء ، وبراعي في ذلك ما يلحق رابطة كل دائن من وصف يعدل أثر الدين » .

(٢) يجوز أن تكون إحدى الروابط قد شابها عيب والروابط الأخرى غير معيبة . فيجوز أن يكون أحد الدائنين المتضامين قاصراً فتكون رابطة قابلة للإبطال لنقص الأهلية ، أو يجوز أن تكون إرادته قد شابها غلط أو تدليس أو إكراه فتكون رابطة قابلة للإبطال لهذا العيب دون الروابط الأخرى ، أو يجوز أخيراً أن تكون إحدى الروابط دون غيرها قابلة للفسخ .
(٣) يجوز أن تنقضى إحدى الروابط وتبقى مع ذلك الروابط الأخرى ، وسيأتي تفصيل ذلك فيما يلي .

المبحث الثاني

الآثار التي تترتب على تضامن الدائنين

١٢٩ - المعوق ما بين الرائين والمدين والمعوق فيما بين الرائين

بعضهم ببعض : يجب ، في بيان الآثار التي تترتب على تضامن الدائنين ، التمييز بين أمرين : (١) العلاقة بين الدائنين المتضامين والمدين . (٢) وعلاقة الدائنين المتضامين بعضهم ببعض .

(١) انظر في الدفاع من فكرة تعدد الروابط ووحدة المحل فيما يتعلق بالتضامن السلبى بوثيقته في الالتزامات فقرة ٣/٢٦٣ .

(٢) ديمولوب ٢٦ فقرة ٢٤ — بودوى وبارد ٢ فقرة ١١١٧ .

المطلب الأول

العلاقة بين الدائنين للتضامنين والمدين

١٣٠- **النصوص القانونية :** تنص المادة ٢٨٠ من التقنين المدني

على ما يأتي :

- « ١ - إذا كان التضامن بين الدائنين ، جاز للمدين أن يوفى الدين لأى منهم ، إلا إذا مانع أحدهم في ذلك » .
« ٢ - ومع ذلك لا يحول التضامن دون انقسام الدين بين ورثة أحد الدائنين المتضامنين إلا إذا كان الدين غير قابل للانقسام » .

وتنص المادة ٢٨١ على ما يأتي :

- « ١ - يجوز للدائنين المتضامنين ، مجتمعين أو منفردين ، مطالبة المدين بالوفاء ، وبراعى في ذلك مايلحق رابطة كل دائن من وصف يعدل أثر الدين » .
« ٢ - ولا يجوز للمدين إذا طالبه أحد الدائنين المتضامنين بالوفاء أن يحتج على هذا الدائن بأوجه الدفع الخاصة بغيره من الدائنين ، ولكن يجوز له أن يحتج على الدائن المطالب بأوجه الدفع الخاصة بهذا الدائن بأوجه الدفع المشتركة بين الدائنين جميعاً » .

وتنص المادة ٢٨٢ على ما يأتي :

- « ١ - إذا برئت ذمة المدين قبل أحد الدائنين المتضامنين بسبب غير الوفاء ، فلا تبرأ ذمته قبل باقى الدائنين إلا بقدر حصة الدائن الذى برئت ذمة المدين قبله » .
« ٢ - ولا يجوز لأحد الدائنين المتضامنين أن يأتى عملاً من شأنه الإضرار بالدائنين الآخرين » (١).

(١) تاريخ النصوص :

م ٢٨٠ : ورد هذا النص في المادة ٤٠٤ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد فيما يتعلق بالفقرة الثانية . أما الفقرة الأولى فقد كان نصها في-

وتقابل هذه النصوص في التقنين المدنى السابق المادة ١٠٧/١٦١ (١).

وتقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدنى السوري المواد ٢٨٠ - ٢٨٢ ، وفي التقنين المدنى الليبى المواد ٢٦٧ - ٢٦٩ ، وفي

= المشروع التمهيدى حل الوجه الآتى « إذا كان التضامن بين الدائنين، جاز لكل منهم أن يطالب المدين بأداء كل الدين ، وجاز للمدين أن يوفى الدين وفاء صحيحاً لأى من الدائنين المتضامنين ، إلا إذا قام دائن آخر بإجراءات تمنع المدين من ذلك » . وفي لجنة المراجعة حذف الحكم الخاص بمطالبة كل من الدائنين بأداء كل الدين لأن هذا الحكم منصوص عليه في المادة التالية ، وحلت عبارة « وفاء صحيحاً » بدلاً من ضرورة لها ، وأصبحت المادة رقمها ٢٩٢ في المشروع التامى . ووافق عليها مجلس النواب . وفي لجنة مجلس الشيوخ استبدلت عبارة « إلا إذا مانع أحدهم من ذلك » بعبارة « إلا إذا قام دائن آخر بإجراءات تمنع المدين من الوفاء » ، لأن المقصود هو الاكتفاء بمجرد اعتراض أحد الدائنين المتضامنين على وفاء المدين لدائن آخر ، في حين أن عبارة « إلا إذا قام دائن آخر بإجراءات إلغ » قد توحي بأن الأمر يتطلب اتخاذ إجراءات رسمية معينة ، مع أن المسألة لا تدعو مجرد الاعتراض ، ومن المفهوم أن الاعتراض يثبت وفقاً للقواعد العامة في الإثبات . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها لجنته ، وأصبح رقمها ٢٨٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٥٣ - ٥٥) .

م ٢٨١ : ورد هذا النص في المادة ٤٠٥ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدنى الجديد ، وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٢٩٣ من المشروع التامى . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٢٨١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٥٥ - ٥٦) .

م ٢٨٢ : ورد هذا النص في المادة ٤٠٦ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدنى الجديد ، وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٢٩٤ من المشروع التامى . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٢٨٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٥٧ - ٥٩) .

(١) التقنين المدنى السابق م ١٠٧/١٦١ : « إذا تضمن التمسك التفويض من كل من المتعهد لهم لباقي في استيفاء الشيء المتعهد به ، يكون كل منهم قائماً مقام الباقي في ذلك . وفي هذه الحالة تتبع القواعد المتعلقة بأسواق التوكيل » . وقد سبق إيراد هذا النص . ولا فرق في الأحكام ما بين التقنين الجديد والتقنين السابق ، وإن كان التقنين السابق قد أحال على أحكام الوكالة جلة واحدة دون التفصيل الذى أتى به التقنين الجديد . هذا وقد أشار بودوى وبارد (جزء ٢ فقرة ١١٦٨) ، وهو يمرض لبعض القوانين الأجنبية ، إلى أن التقنين المدنى المختلط السابق يقيم التضامن بين الدائنين على فكرة الوكالة، فلا يجوز لأى دائن أن يقضى الدين بتجديد أو إبراء وإلا جاوز حدود الوكالة .

التقنين المدني العراقي المواد ٣١٦ - ٣١٨ ، وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني
المواد ١١ و ١٣ - ١٩ (١) .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٢٨٠ - ٢٨٢ (مطابقة للمواد ٢٨٠ - ٢٨٢ من التقنين
المصري) .

التقنين المدني الليبي م ٢٦٧ - ٢٦٩ (مطابقة للمواد ٢٨٠ - ٢٨٢ من التقنين
المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٣١٦ - ٣١٨ (متفقة في مجموعها مع أحكام التقنين المدني
المصري) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ١١ : يوجد التضامن بين الدائنين حين يكون شخصان
أو عدة أشخاص أصحاباً لدين واحد يحق لكل منهم أن يطلب دفع هذا الدين بجملة ، كما يحق
من جهة أخرى للمدين أن يدفع الدين إلى أي كان منهم ، وهذا ما يسمونه تضامن الدائنين .
على أن الدائن المتضامن لا يحق له أن يتصرف في مجموع الدين ، بل يمد مفوضاً من قبل سائر
الدائنين في المحافظة على القسم الذي يتجاوز مبلغ حصته وفي استيفائه من المدينين .

م ١٣ : إن موجب التضامن يسقط تجاه كل الدائنين بالإيفاء أو بأداء العوض أو بأداء الشيء
المستحق أو بالمقاصة أو بتجديد التزامه تجاه أحد الدائنين . إن المدينون الذي يوق أحد الدائنين
المتضامين حصته في الموجب يبرئ ذمته تجاه الآخرين على قدر هذه الحصة .

م ١٤ : إن إسقاط أحد الدائنين المتضامين الذين لا يسرى على الآخرين ولا يبرئ المدينون
إلا من حصة هذا الدائن . وإن اجتماع صفق الدائن والمدينون في شخص أحد الدائنين المتضامين
وفي شخص المدينون لا يسقط الموجب إلا بالنظر إلى هذا الدائن .

م ١٥ : إن مرور الزمن الذي تم على حق أحد الدائنين المتضامين لا يسرى على الآخرين .
وعلى أحد الدائنين المتضامين أو تأخره لا يضر بقيمة الدائنين .

م ١٦ : إذا أُلْزِم أحد الدائنين المدينون أو أجرى حكم الفائدة على المدين ، فسائر الدائنين
يستفيدون من نتيجة عمله .

م ١٧ : إن الأعمال التي تقطع مرور الزمن بالنظر إلى أحد الدائنين المتضامين يستفيد منها
الآخرين . أما الأسباب التي تقف سريان مرور الزمن فتبقى شخصية ومختصة بكل من الدائنين .

م ١٨ : إن الصلح الذي يعقد بين أحد الدائنين والمدينون يستفيد منه الدائنون الآخرون حينما
يكون متضمناً الاعتراف بالحق أو بالدين . ولا يسرى عليهم هذا الصلح حين يتضمن إسقاط
الدين أو إخراج موقفهم إلا إذا رضوا به .

م ١٩ : إذا منح أحد الدائنين المتضامين المدينون مهلة ، فلا يسرى ذلك على الآخرين ، ما لم
يستنتج العكس من صك إنشاء الموجب أو من القانون أو من ماهية القضية .

وهذه الأحكام التفصيلية الواردة في التقنين اللبناني تنطق مع ما أجله التقنين المصري في -

١٣١ - استنصوص المبادئ الأساسية : ويستخلص من هذه النصوص المبادئ الأساسية الثلاثة الآتية :

أولاً - لأى دائن متضامن مطالبة المدين بكل الدين ، وللمدين أن يني بكل الدين لأى مدين متضامن ، والوفاء بكل الدين لأى مدين متضامن يبرىء ذمة المدين من الدين نحو سائر الدائنين (م ٢٨٠ - ٢٨١ مدنى) .

ثانياً - أما أسباب انقضاء الالتزام الأخرى ، من تجديد ومقاصة واتحاد ذمة وإبراء وتقادم ، فانها إذا تحققت بالنسبة إلى أحد الدائنين المتضامنين ، اقتصر أثرها على حصة هذا الدائن ، ولا يحتج المدين بأياها على سائر الدائنين إلا بمقدار هذه الحصة (م ١/٢٨٢ مدنى) .

ثالثاً - ولا يجوز لأى من الدائنين المتضامنين أن يأتى عملاً من شأنه أن يضر بسائرهم ، ولكن إذا أتى عملاً من شأنه أن يفيدهم أفادوا منه (م ٢٨٢ / ٢ مدنى) .

والأصل فى ذلك أن كل دائن متضامن يعتبر ، فى استيفاء الدين من المدين ، أصيلاً عن نفسه فى حصته وثائباً عن سائر الدائنين فى حصصهم ، فيكون استيفاءه للدين مبرئاً لذمة المدين نحو سائر الدائنين . أما فى أسباب الانقضاء الأخرى ، فليس الدائن نائباً عن الدائنين الآخرين ، بل هو أصيل عن نفسه فحسب ، وما يقع من هذه الأسباب يقتصر عليه وحده ولا يتعداه إلى سائر الدائنين . ثم إن نيابة كل دائن عن سائر الدائنين تقوم أيضاً فى كل عمل من

= نصوصه الثلاثة ، إلا فى أن التجديد والمقاصة بين أحد الدائنين للمتضامنين والمدين يبرئان ذمة المدين نحو سائر الدائنين فى التقنين الجنائى ، ولا يبرئانه إلا بقدر حصة الدائن الذى وقع منه التجديد أو المقاصة فى التقنين المعرى . هذا وقد أجل التقنين المصرى أحكام التضامن بين الدائنين لأن هذا التضامن نادر فى العمل ، واحتفظ بتفصيل الأحكام للتضامن بين المدينين الذى هو أكثر وقوعاً . على أن أكثر الأحكام التى فى التقنين المصرى بوضعها فيما يتعلق بالتضامن بين المدينين - كما تقول المذكرة الإيضاحية المشروع اتمهيدى - من الميسور تصور نظيرها يصدد التضامن بين الدائنين . بيد أنه رأى إغفال هذه الأحكام فى معرض إيراد القواعد المتعلقة بهذا الضرب من التضامن حتى لا ينوء التقنين بنصوص حطها من التطبيق العمل به يسير (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٩) .

شأنه أن يفيد هؤلاء الدائنين، دون الأعمال التي يكون من شأنها أن تضرب بهم (١).
فنعندنا إذن مسائل ثلاث نتناولها بالبحث على التعاقب : (١) انقضاء الدين
بالوفاء (٢) انقضاء الدين بأسباب أخرى غير الوفاء (٣) أعمال الدائن التي من
شأنها أن تفيد سائر الدائنين أو أن تضرب بهم .

١٤ - انقضاء الدين بالوفاء

١٣٣ - للمدرس أنه يوفى أى دائر كل الدين : وهذا ما تنص عليه
الفقرة الأولى من المادة ٢٨٠ مدني كما رأينا ، إذ تقول : « إذا كان التضامن
بين الدائنين ، جاز للمدين أن يوفى الدين لأى منهم » . فللمدين إذن أن يختار
أى دائر من الدائنين المتضامين فيوفيه كل الدين ، وليس لمن اختاره المدين
من الدائنين أن يرفض استيفاء الدين كله ، بل ليس له أن يقتصر على قبض
نصيبه من هذا الدين ويرفض قبض الباقي ، وإنما عليه أن يقبض كل الدين .
وهذه هي الميزة الجوهرية للتضامن بين الدائنين ، فان هذا التضامن كما قدمنا
أقرب أن يكون ضماناً للمدين منه ضماناً للدائنين المتضامنين ، إذ يستطيع المدين

(١) يبين بودرى وبارد كيف تطورت هذه المبادئ من القانون الروماني حتى وصلت إلى
التقنين المدني الفرنسي . ففى القانون الروماني كان كل دائر متضامن يستطيع أن يتصرف فى الدين
كما لو كان هو الدائن الوحيد ، فيستوفيه ويقضيه بأى سبب من أسباب الانقضاء كالالتجديد
والمقاصة واتحاد الدمة والإبراء والتفادى ، فترا دمة المدين تحرس سائر الدائنين . ولا يرجع
الدائنون على الدائن الذى قام من جهته سبب الانقضاء إلا إذا أثبتوا أن هناك مصلحة مشتركة بين
جميع الدائنين ، فيرجع كل دائر بنصيبه فى هذه المصلحة المشتركة . أما فى القانون الفرنسى
القديم فقد كان الحكم هو أيضاً كالحكم فى القانون الروماني ، إلا أن المصلحة المشتركة بين الدائنين
كانت مفترضة ، فكان كل دائر يرجع بنصيبه بحكم القانون . وتغير هذا الحكم فى التقنين
المدني الفرنسى ، فأصبح الدائن المتضامن لا يملك إلا استيفاء الدين ، فإذا استوفاه أو وفاه
المدين له برئت دمة المدين نحو سائر الدائنين . أما ما عدا الوفاء من أسباب انقضاء الدين
فلا يسرى فى حق الدائنين الآخرين إلا بقدر نصيب الدائن الذى قام من جهته سبب الانقضاء .
ويكون كل دائر متضامن مثلاً لسائر الدائنين لا فى الوفاء فحسب ، بل أيضاً فى كل عمل من شأنه
تحييت الدين وتقويته ، دون الأعمال التى يكون من شأنها إسقاط الدين أو إضعافه (بودرى وبارد ٢٤
فقرة ١١٣٢) .

أن يوفى أحد هؤلاء الدائنين الدين كله دون أن يضطر إلى تجزئة الدين وإعطاء كل دائن نصيبه . وإذا رفض الدائن الذى اختاره المدين قبض الدين ، جاز للمدين أن يعرضه عليه عرضاً حقيقياً طبقاً للإجراءات المقررة للعرض الحقيقى . ومتى قبض الدائن الدين أو تمت إجراءات العرض ، برئت ذمة المدين من الدين ، لا فحسب قبل الدائن الذى قبض الدين وحده ، بل قبله وقبل سائر الدائنين .

وكما أن الدائن لا يستطيع أن يفرض على المدين وفاء جزئياً بحصته من الدين فقط ، كذلك لا يستطيع المدين أن يفرض على الدائن أى وفاء جزئى ولو بقدر حصة هذا الدائن ، بل إنه إذا أراد إجباره على قبول الوفاء وجب عليه أن يعرض الدين كاملاً غير منقوص .

وهذا لا يمنع بداهة من أن يتفق المدين مع الدائن على أن يفي له بنصيبه وحده فى الدين ، ومتى قبل الدائن منه هذا الوفاء ، برئت ذمة المدين بقدر هذا النصيب ، وصار لأى دائن آخر من الدائنين المتضامنين أن يطالب المدين بالدين بعد أن يستنزل منه نصيب الدائن الذى استوفى حصته (١) . فإذا ما استوفاه على هذا النحو ، كان لكل دائن آخر — عدا الدائن الذى استوفى نصيبه طبعاً — أن يرجع بنصيبه على من قبض الدين (٢) .

١٣٣ — ما لم يمنع أحد الراشعين : وتقضى الفقرة الأولى من المادة ٢٨٠ مدنى ، كما رأينا ، بأنه يجوز للمدين أن يفي بكل الدين لأى من الدائنين « إلا إذا مانع أحدهم فى ذلك » . وقد كانت هذه العبارة الأخيرة الواردة فى النص نتيجة تحوير غريب فى لجنة مجلس الشيوخ ، كان من شأنه أن يقلب المعنى

(١) ديمولوب ٢٦ فقرة ١٥٥ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٣٥ .

(٢) أنظر فى هذا المعنى المادة ١٣ من تقنين الموجبات والنفود البنائى . ومع ذلك يذهب بعض الفقهاء إلى أنه إذا استوفى أحد الدائنين المتضامنين جزءاً من الدين ، حق لو كان هذا الجزء هو نصيبه وحده ، جاز لسائر الدائنين أن يرجعوا على هذا الدائن كل بنسبة نصيبه فى الدين (لارومبيير ٣ ١١٩٧ فقرة ٢٠ — ديمولوب ٢٦ فقرة ١٥٦ — فقرة ١٥٨ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٣٦) .

الذى كان المشروع التمهيدى قد قصد إليه . فقد كان نص هذا المشروع على الوجه الآتى : « . . . جاز للمدين أن يوفى الدين وفاء صحیحاً لأى من الدائنين المتضامنين ، إلا إذا قام دائن آخر بإجراءات تمنع المدين من ذلك » . وكان المقصود من هذه العبارة هو عين ما ذهب إليه التقنين المدنى الفرنسى فى الفقرة الأولى من المادة ١١٩٨ ، وهى تنص على أنه « يكون للمدين الخيار فى أن يوفى الدين لواحد أو لآخر من الدائنين المتضامنين ، مادام لم يمنعه من ذلك مطالبة أحد الدائنين له بالوفاء (١) » . فيكون المعنى المقصود فى المشروع التمهيدى أن للمدين أن يوفى كل الدين لأى دائن يختاره من الدائنين المتضامنين ، إلا إذا طالبه بالدين دائن آخر ، واتخذ هذا الدائن إجراءات للمطالبة بمنع المدين من الوفاء لغيره (٢) . ويؤكد ذلك ما ورد فى هذا الشأن فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ، فهى تقول : « وليس يقتصر الأمر على تحويل كل من الدائنين المتضامنين حق اقتضاء الدين بأسره من المدين ، بل للمدين كذلك أن يبرىء ذمته بالوفاء لأيهما ، ما لم يقيم أحدهم بما يحول دون ذلك . فإذا اتخذ أحد الدائنين قبل المدين إجراءات المطالبة ، تعين عليه أن يقوم بالوفاء لمن باشر هذه الإجراءات وغيره من الدائنين الذين أصبحوا طرفاً فيها » .

ولكن لجنة مجلس الشيوخ لم تلضغ إلى المعنى المقصود ، وظنت أن عبارة

(١) وهذا هو النص فى أصله الفرنسى : Art. 1198: Il est au choix du débiteur : de payer à l'un ou à l'autre des créanciers solidaires, tant qu'il n'a pas été prévenu par les poursuites de l'un d'eux.

(٢) أنظر أيضاً فى هذا المعنى م ١١٩٦ من التقنين المدنى الإيطالى الجديد (والمادة ١١٨٥ من التقنين المدنى الإيطالى القديم) والمادة ١١٤٢ من التقنين المدنى الأسبانى والمادة ٧٥٠ من التقنين المدنى البرتغالى والمادة ١٤٩ من المشروع الفرنسى الإيطالى والمادة ٨٩٢ من التقنين المدنى النمساوى والمادة ١٤٦ من تقنين الالتزامات السويسرى والمادة ٩ من تقنين الالتزامات البولونى والمادة ٨٩٩ من التقنين المدنى البرازيل . وانظر عكس ذلك المادة ٤٢٨ من التقنين المدنى الألمانى وانظر فى هذه النصوص المذكرة الإيضاحية لمشروع تنقيح القانون المدنى جزء ٢ ص ٤٥٠ — (ص ٤٥٣) . وانظر شرح هذا الحكم فى القانون الفرنسى وانتقاده والرد على هذا الانتقاد فى شكل المطالبة بوردى وبارد ٢ فقرة ١١٣٨ — فقرة ١١٤٤ .

(٣) المذكرة الإيضاحية لمشروع تنقيح القانون المدنى جزء ٢ ص ٤٥٣ — مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٥٩ .

« إلا إذا قام دائن آخر بإجراءات تمنع المدين من الوفاء » يقصد بها مجرد الممانعة من دائن آخر أن يفي المدين للدائن الذى اختاره وذلك عن طريق إجراءات يتخذها الدائن الممانع ، فحورت العبارة بحيث أصبحت : « إلا إذا مانع أحدهم فى ذلك » ، « لأن المقصود كما تقول اللجنة ، هو الاكتفاء بمجرد اعتراض أحد الدائنين المتضامنين على وفاء الدين لدائن آخر ، فى حين أن عبارة : « إلا إذا قام دائن آخر بإجراءات تمنع المدين من ذلك » قد توحي بأن الأمر يتطلب اتخاذ إجراءات رسمية معينة ، على أن المسألة لا تعدو مجرد الاعتراض ، ومن المفهوم أن الاعتراض يثبت وفقاً للقواعد العامة فى الإثبات (١) .

وواضح أن لجنة مجلس الشيوخ قلبت بهذا التحوير المعنى المقصود ، فلم يعد الأمر فى التقنين المدنى المصرى ، كما هو فى التقنين المدنى الفرنسى وغيره من التقنينات ، أن يطالب دائن متضامن آخر المدين بالوفاء فيتعين عندئذ على المدين أن يوفى الدين لهذا الدائن دون الدائن الذى اختاره هو . بل صار الأمر على الوجه الآتى : إذا اختار المدين دائناً متضامناً ليوفى الدين له ، جاز لأى دائن آخر أن يعترض على هذا الوفاء فيمنعه . ولكن ذلك لا يعنى أن المدين يتعين عليه أن يوفى الدين كله للدائن المعارض ، فليس هذا الدائن أولى بالوفاء له من الدائن الذى اختاره المدين . وزى فى هذه الحالة أن الدائن الذى يعترض على الوفاء لغيره يكون قد نقض الوكالة المستخلصة من التضامن ، والتى بموجبها كان للدائن الذى اختاره المدين أن يقبض نصيب الدائن المعارض ، فيتعين على المدين أن يعطى لهذا الدائن نصيبه ، وألا يوفى للدائن الذى اختاره إلا نصيبه وأنصبة الدائنين الآخرين الذين لم يعترضوا ، ولولاء أن يرجعوا على هذا الدائن كل بنصيبه . فوفق بذلك بين حق الدائن المعارض من جهة وحق الدائن الذى اختاره المدين من جهة أخرى (٢) . وقد زال بهذا التحوير غير المقصود

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٥٤ — ص ٥٥ . وانظر آنفاً فقرة ١٣٠

فى الخامس .

(٢) ويرى الأستاذ إسماعيل غانم أنه « إذا اعترض أحد الدائنين ، كان المدين ملزماً بأداء الالتزام للدائنين مجتمعين أو لإبداء الشيء محل الالتزام » قياساً على المادة ٢/٣٠٢ مدق فى عدم قابلية الالتزام للانقسام (أحكام الالتزام فقرة ٢١٣ ص ٣٠٠ هامش رقم ١) . ونرى أن القياس هنا غير سائب ، فإن الالتزام غير القابل للانقسام لا يتجزأ حتى يعطى للدائن المعارض =

عيب من عيوب التضامن بين الدائنين ، وأصبح لأى دائن متضامن أن يتوق نتيجة تضامنه مع الدائنين الآخرين إذا اختار المدين غيره للوفاء ، فما عليه إلا أن يعترض فيستوفى نصيبه رأساً من المدين ، دون أن يعرض نفسه لإعسار الدائن الذى اختاره المدين . وقد وقف التقنين المدنى المصرى بهذا الحكم -- عند ما تعارض رغبة المدين فى الوفاء لدائن معين مع رغبة دائن آخر فى أن يستوفى هو الدين -- موقفاً وسطاً بين التقنين المدنى الفرنسى الذى يقدم رغبة الدائن على رغبة المدين والتقنين المدنى الألمانى الذى يقدم رغبة المدين على رغبة الدائن ، فإن هذا التقنين الأخير فى المادة ٤٢٨ منه لا يمنع المدين من أن يوفى الدين كله للدائن الذى اختاره بالرغم من مطالبة دائن آخر باستيفاء الدين (١) . والاعتراض الذى يصدر من الدائن المانع لا يشترط فيه شكل خاص ، كما تذكر لجنة مجلس الشيوخ ، فيصح أن يكون بانذار رسمى على يد محضر ،

= نصيبه منه ويعطى الباقي للدائن الذى اختاره المدين . ولما كان هذا الحل مستحيلاً فى الالتزام غير القابل للتقسيم ويمكننا فى الالتزام التضامنى ، فقد استبداه المشرع فى الأول ولم يستبداه فى الثانى . هذا إلى أن الحل الذى نقول به يحمل التضامن الإيجابى أقرب إلى ضمان المدين منه إلى ضمان الدائن ، وهى النزعة التى يحسن تقليدها فى هذا النوع من التضامن .

(١) ولعل هذا يحدد نزعة كل من التقنينات الثلاثة : فالتقنين الفرنسى -- إذا تعارض ما فى التضامن الإيجابى من ضمان للدائن مع ما فيه من ضمان للمدين -- يضى ضمان المدين . والتقنين الألمانى يضى ضمان الدائن . والتقنين المصرى يوفق بين الأمرين ، بأن يستوفى ضمان المدين ، مع إعطاء الدائن نصيبه فى الدين ورعاية لمصلحته المشروعة .

وقى ضوء هذا الاعتبار ، فرى أنه إذا طالب أحد الدائنين المتضامنين المدين بالوفاء ، فى التقنين المصرى ، ويكون المدين قد اختار أن يوفى الدين لغيره من الدائنين ، تعين على المدين أن يوفى أولاً الدائن المطالب نصيبه فى الدين ، ثم يوفى للدائن الذى اختاره بقية الدين بعد استئزال نصيب الدائن المطالب . فيصالح على هذا النحو الدائن الذى يطالب بوفاء المدين له مع الدائن الذى يمانع فى وفاء الدين لغيره . وقد رأينا أن التقنين الفرنسى والتقنين الألمانى يفتان فى هذه المسألة موقفين متعارضين : فالتقنين الفرنسى يحتم على المدين أن يوفى الدين كله للدائن المطالب ، والتقنين الألمانى يميز للمدين أن يوفى بالدين كله للدائن الذى اختاره .

ولكن يجب أن يلاحظ أنه إذا رجح أحد الدائنين المتضامنين على المدين مطالبه بكل الدين فى التقنين المصرى ، لم يجوز أن يقتصر المدين على إعطاء هذا الدائن نصيبه ، مكتفياً بالقول إنه اختار دائناً آخر للوفاء له بباقي الدين . بل يجب على المدين فى هذه الحالة أن يوفى كل الدين للدائن المطالب ، ما لم يكن قد دفع فعلاً -- ولو بعد هذه المطالبة -- باقى الدين إلى دائن آخر ، وقم ما يثبت ذلك .

ويصح أن يكون مجرد إخطار كتابي أو شفوي ، على أن يكلف الدائن المانع بإثباته ، ويكون الإثبات خاضعاً للقواعد العامة التي تتطلب الكتابة فيما إذا كان نصيب الدائن المانع يزيد على عشرة جنهات . ويوجه الاعتراض إلى المدين ، حتى يتمتع من وقت وصول الاعتراض إليه من دفع نصيب الدائن المعارض إلى أى دائن آخر من الدائنين المتضامنين . وعلى الدائن المعارض أن يبين في اعتراضه مقدار هذا النصيب ، تحت مسؤوليته ، حتى يحتج به المدين له .

١٣٤ - لا يحول التضامن دون انقسام الدين بين ورثة المات

التضامن : وتنص الفقرة الثانية من المادة ٢٨٠ مدني ، كما رأينا ، على ما يأتي : « ومع ذلك لا يحول التضامن دون انقسام الدين بين ورثة أحد الدائنين المتضامنين ، إلا إذا كان الدين غير قابل للانقسام » . ومقتضى هذا الحكم أنه إذا مات أحد الدائنين المتضامنين عن ورثة متعددين ، فإن الدين ينقسم عليهم كل بقدر نصيبه في الميراث ، وذلك فيما يختص بالعلاقة بينهم وبين المدين . وقد كان المدين يستطيع أن يوفى الدين كله لمورثهم قبل موته على النحو الذي سبق بيانه ، وكان المورث يستطيع أن يطالب المدين بالدين كله على النحو الذي سيأتي بيانه . ولكن بعد موت المورث لا يستطيع المدين أن يفي لأحد الورثة من الدين كله إلا بنسبة نصيبه في الميراث ، ولا يستطيع هذا الوارث أن يطالب المدين بالوفاء إلا بنسبة هذا النصيب . فلو أن الدائنين المتضامنين كانوا أربعة ، وكان الدين ستمائة ، ومات أحد الدائنين المتضامنين عن ورثة ثلاثة بأنصبة متساوية في الميراث ، فإن كل وارث منهم يستوفى من الدين مائتين فقط . فإذا ما استوفاه رجع عليه كل من الدائنين المتضامنين الثلاثة الآخرين بخمسين ، ويستبقى الوارث خمسين هي نصيبه في الإرث من حصة مورثه في الدين ، وقد بلغت هذه الحصة مائة وخمسين (١) .

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في هذا الصدد : « وتظل وحدة الدين مكفولة ما بق الدائن التضامن حياً . فإذا مات انقسم الدين بين ورثته ، ما لم يكن غير قابل للانقسام . فلو فرض مثلاً أن ثلاثة من الدائنين تضامنوا في استيفاء دين مقداره ٣٠٠ جنيه ، وقد توفي أحدهم عن وارثين متكافئ القرض ، فلا يجوز لأيهما أن يطالب المدين إلا بمبلغ ١٥٠ جنيه » (مجموعة الأعمال التشريعية ٣ ص ٥٩) .

هذا إذا كان الدين قابلاً للانقسام . أما إذا كان غير قابل له ، فإنه لا ينقسم على الورثة ، بل يجوز للمدين أن يوفى الدين كله لأى وارث من ورثة الدائن المتضامن الذى مات ، كما يجوز لأى وارث أن يطالب المدين بكل الدين . فإذا استوفى أحد الورثة الدين كله ، أعطى منه لكل دائن متضامن الحصة التى له فى الدين ، ثم أعطى لكل وارث نصيبه فى الأثر من حصة المورث . فى المثل المتقدم ، إذا قبض أحد الورثة الدين كله وهو ستائة ، أعطى لكل من الدائنين المتضامين الثلاثة الآخرين مائة وخمسين ، فبقي معه مائة وخمسون هى حصة مورثه ، يعطى منها خمسين لكل من الوارثين الآخرين ، ويستبقى لنفسه خمسين هى نصيبه فى الأثر من حصة مورثه .

وكثيراً ما يشترط فى التضامن بين الدائنين أن يكون الدين قابلاً للانقسام (١) ، توكيداً من انقسامه على ورثة الدائنين ، وتيسيراً على المدين أن يوفى الدين كله لأى من الدائنين المتضامين ولأى من ورثة هؤلاء (٢) .

١٣٥ — دوى دائرى مطالبة المدين بكل المدين : وكما يجوز للمدين

أن يوفى الدين كله لأى دائن متضامن على النحو الذى سبق بيانه وهذه هى فائدة التضامن بالنسبة إلى المدين ، كذلك يجوز لأى دائن متضامن أن يطالب المدين بالدين كله وهذه هى فائدة التضامن بالنسبة إلى الدائنين المتضامين . وقد

— هذا ويلاحظ أن أحد الورثة ، إذا طالب المدين بنصيبه مطالبة قضائية ، فقطع التقادم وجعل الفوائد تسرى ، فأنما يقطع التقادم ويجعل الفوائد تسرى ، لا لصالح الورثة الباقين فقد انقسم الدين عليهم ، بل لصالح الدائنين المتضامين الآخرين وفى حدود نصيب الوارث فقط ، أى أن التقادم ينقطع والفوائد تسرى بالنسبة إلى الدائنين المتضامين الآخرين ، فى المثل المذكور فى المذكرة الإيضاحية ، فى حدود مائة وخمسين فقط لا فى الدين كله وهو ثلثائة (يبدان ولا جارد ٨ فقرة ٨١٦ ص ٦٠٢ — ص ٦٠٣ وص ٦٠٢ هادى رقم ١) .

(١) أما مجرد اشتراط التضامن فلا يفيد وحده اشتراط أن الدين غير قابل للانقسام (استئناف مخطوط ٢٦ ديسمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٩٨) .

(٢) انظر فى هذا المعنى الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ٢١٧ ص ٣٠٥ — وكثيراً ما يشترط فى الأسهم والسندات أنها لا تقبل التجزئة ، فإذا مات صاحبها عن عدة ورثة لم ينقسم الحق عليهم ، ويجوز للشركة أن توفى أى من الورثة كل الأرباح وكل الفوائد (بلانول وريير وجابول ٧ فقرة ١١٠٢) .

نصت الفقرة الأولى من المادة ٢٨١ مدني، كآرائنا، صراحة على هذا الحكم إذ تقول :
« يجوز للدائنين المتضامنين ، مجتمعين أو منفردين ، مطالبة المدين بالوفاء ،
ويراعى في ذلك ما يلحق رابطة كل دائن من وصف يعدل من أثر الدين » .
فاذا طالب أحد الدائنين المتضامنين المدين بالوفاء ، وجب على المدين أن
يفي له بالدين كله ، ويجوز لهذا الدائن إجبار المدين على ذلك . ومتى استوفى
الدائن الدين ، فإن ذمة المدين تبرأ منه بالنسبة إلى الدائن الذي استوفى الدين
وبالنسبة إلى سائر الدائنين . ذلك أن التضامن ، كما قدمنا ، يجعل لكل دائن
صفة في استيفاء الدين كله ، بالأصالة عن نفسه وبالوكالة عن غيره من الدائنين
المتضامنين . والمخالصة التي يعطيها من استوفى الدين من الدائنين تنفذ في حقهم
جميعاً ، ولو لم تكن ثابتة التاريخ .

وللدائنين المتضامنين أن يطالبوا مجتمعين المدين بالوفاء ، وفي هذه الحالة
يتعين على المدين أن يوفي كلا منهم نصيبه في الدين .

وعندما يطالب الدائن المتضامن المدين بكل الدين ، يجب عليه ، كما تقول
الفقرة الأولى من المادة ٢٨١ مدني ، أن يراعى ما يلحق رابطة بالمدين من
وصف يعدل من أثر الدين . فاذا كانت هذه الرابطة معلقة على شرط واقف
أو مقترنة بأجل ، وجب على الدائن ألا يطالب المدين إلا عند تحقق الشرط
وإلا عند حلول الأجل . وقد تكون رابطة أحد الدائنين معلقة على شرط ،
ورابطة مدين ثان مقترنة بأجل ، ورابطة مدين ثالث منجزة ، فالأول
لا يطالب بالدين إلا عند تحقق الشرط ، والثاني لا يطالب به إلا عند حلول
الأجل ، والثالث أن يطالب به فوراً (١) .

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « وقد تلحق رابطة بعض
الدائنين المتضامنين بالمدين وصف يختلف عن الوصف الذي تنتم به رابطة البعض الآخر ، كأن
يكون الدين معلقاً على شرط بالنسبة لفرق منهم ، ومضافاً إلى أجل بالنسبة لباقيين . وفي هذه
الحالة يتعين على كل منهم أن يمتنع بالوصف اللائق برابطته عند مطالبة المدين بالوفاء . وقد يطرأ
هذا الوصف على الرابطة بعد تمام التعاقد ، فقد يرتضى بعض الدائنين مثلاً أن يول المدين أجلاً
لوفاء بالدين ، وفي هذه الحالة لا يجوز أن يحتج على الدائنين الآخرين بهذا الأجل ، ما لم يتضح
تقيض ذلك من مشاركة ترتيب الالتزام أو من طبيعة التعامل أو من نص في القانون : انظر ١٩٢
من التفتيش الينافى (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٥٨) .

١٣٦ - أوجه الرفع التي يمنح بها على الدائن المطالب : تنص

الفقرة الثانية من المادة ٢٨١ مدنى ، كما رأينا ، على ما يأتى : « ولا يجوز للمدين إذا طالبه أحد الدائنين المتضامنين بالوفاء أن يحتج على هذا الدائن بأوجه الدفع الخاصة بغيره من الدائنين ، ولكن يجوز له أن يحتج على الدائن المطالب بأوجه الدفع الخاصة بهذا الدائن وبأوجه الدفع المشتركة بين الدائنين جميعاً » . فإذا طالب أحد الدائنين المتضامنين المدين بالوفاء ، على الوجه الذى بيناه فيما تقدم ، كان للمدين أن يدفع هذه المطالبة بأوجه الدفع الخاصة بالدائن المطالب وبأوجه الدفع المشتركة بين الدائنين جميعاً ، وليس له أن يدفع المطالبة بأوجه الدفع الخاصة بغير الدائن المطالب من الدائنين .

أما أوجه الدفع الخاصة بالدائن المطالب ، فثلها أن تكون الرابطة التي تربط المدين بهذا الدائن مشوبة بعيب فى رضاه للمدين لغلط أو تدليس أو إكراه ، أو تكون هذه الرابطة قابلة للفسخ ، أو تكون قد انقضت لمقاصة وقعت بين المدين وهذا الدائن أو تجديد أو إبراء أو تقادم أو نحو ذلك ، وهذه جميعاً يحتج بها المدين على الدائن ، وسنرى تفصيلها فيما يلى .

وأما أوجه الدفع المشتركة بين الدائنين جميعاً ، فثلها أن يكون العقد الذى أنشأ الالتزام التضامنى باطلاً فى الأصل أو قابلاً للإبطال لنقص فى أهلية المدين أو لعيب فى رضاه من شأنه أن يحتج به على جميع الدائنين ، أو أن يكون العقد قابلاً للفسخ بالنسبة إلى هؤلاء جميعاً ، أو أن يكون للمدين قد وفى الدين جميعه لدائن آخر غير الدائن المطالب فبرئت ذمته نحو الجميع على الوجه الذى قدمناه . فهذه الأوجه كلها يحتج بها المدين ، ويدفع بها مطالبة الدائن .

ولا يحتج المدين بأوجه الدفع الخاصة بدائن غير الدائن المطالب ، كما سبق القول . مثل ذلك تدليس أو إكراه صدر من دائن آخر ، أو سبب للفسخ قائم فى جانب دائن آخر ، أو مقاصة أو إبراء أو تجديد أو تقادم وقع بالنسبة إلى دائن آخر إلا فيما يتعلق بحصة هذا الدائن (١) .

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « أما فيما يتعلق بالوفاء ، فلكل دائن من الدائنين المتضامنين أن يتأذى المدين كل الدين . ولم ، بمجتمين أو منفردين ، =

§ ٢ - انقضاء الدين بأسباب أخرى غير الوفاء

١٣٧ - المبدأ العام (مذكرة) : رأينا أن الفقرة الأولى من المادة ٢٨٢

مدني تنص على أنه « إذا برئت ذمة المدين قبل أحد الدائنين المتضامين بسبب غير الوفاء ، فلا تبرأ ذمته قبل باقي الدائنين إلا بقدر حصة الدائن الذي برئت ذمة المدين قبله » . وقد قلعنا أن الأصل في ذلك أنه إذا كان كل دائن متضامن وكيلا عن سائر الدائنين في استيفاء الدين إذ أن هذا الاستيفاء في مصلحتهم جميعاً فيرجعون على الدائن كل بمحصته في الدين ، فانه بالنسبة إلى أسباب الانقضاء الأخرى لا يعتبر الدائن المتضامن وكيلا عن سائر الدائنين ، بل يكون أصيلا عن نفسه فحسب . فإذا انقضى الالتزام بسبب من أسباب الانقضاء غير الوفاء . وقام هذا السبب بأحد الدائنين المتضامين ، برئت ذمة المدين بالنسبة إلى سائر الدائنين من حصة هذا الدائن وحده ، وبقيت مشغولة بباقي الدين . وذلك لأن أسباب الانقضاء الأخرى غير الوفاء لا تفيد سائر الدائنين كالوفاء ، فلا يجوز أن يضاروا بها (١) .

ونستعرض الآن أسباب الانقضاء المختلفة لنطبق في شأنها هذا المبدأ . وقد طبقه التقنين المدني الجديد تطبيقاً تشريعياً في التضامن بين المدينين لكثرة وقوعه ، واقتصر في التضامن بين الدائنين على إيراد المبدأ لنسرة هذا التضامن

= مطالبة المدين بالوفاء أمام القضاء . ولا يجوز له إذا عمد أحدهم إلى مطالبة كل هذا الوجه أن يمتنع إلا بأوجه الدفع الخاصة بهذا الدائن أو بالأوجه المشتركة بين الدائنين جميعاً . أما أوجه الدفع الخاصة بغيره من الدائنين ، كالنفس أو الإكراه الصادر منهم ، فيمتنع عليه الاحتجاج بها (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٥٨) .

(١) فالوفاء يجعل في حيازة الدائن مبلغ الدين ، ومن ثم يستطيع الدائنون الآخرون أن يجزوا عليه لاستيفاء حقوقهم ، ويأتون بذلك إلى حد كبير خطر إعساره إذا هم لم يتهاونوا في رجوعهم عليه . أما أسباب الانقضاء الأخرى فيعوضها لا يجعل في حيازة الدائن مبلغ الدين إلا حكماً كما في التجديد واتحاد الذمة والمقاصة ، وبمضها لا يجعل في حيازة الدائن أي شيء على الإطلاق كما في الأبراء والتقدم (انظر في هذا المعنى لوران ١٧ فقرة ٢٦٨ ص ٢٧٤ وقارن بوردو وبلرد ٢ فقرة ١١٤٥) .

في العمل كما قدمنا (١) .

١٣٨ - التجميع : فاذا جدد أحد الدائنين المتضامنين الدين مع المدين ،

إما بتغيير محل الدين أو مصلره أو بتغيير المدين أو بتغيير الدائن نفسه ، فإن التجديد يقضى حصة الدائن في الدين بالنسبة إلى سائر الدائنين . ولأى دائن آخر أن يرجع على المدين ببقية الدين بعد أن يستزل حصة الدائن الذى وقع منه التجديد ، فلا تبرأ ذمة المدين إذن نحو سائر الدائنين إلا بقلو حصة هذا الدائن (٢) . فاذا ما رجع دائن آخر على المدين بالدين على الوجه المذكور ، فإن المدين يكون قد دفع كل الدين أولاً عن طريق التجديد ثم دفعه مرة أخرى متقوصاً منه حصة الدائن الذى وقع منه التجديد ، فيرجع على هذا الدائن بما دفعه في المرة الأخرى فإن هذا هو القدر الذى دفعه زائداً على ما في ذمته .

وهذا الحكم يختلف قليلاً عن الحكم المقابل له في التضامن السلبى ، حيث تنص المادة ٢٨٦ مدنى على أنه : « يترتب على تجديد الدين بين الدائنين وأحد المدينين المتضامنين أن تبرأ ذمة باقى المدينين ، إلا إذا احتفظ الدائن بحقه قبلهم » (٣) . وسيأتى تفصيل ذلك فيما يلى .

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « لعل تعيين صلة الدائنين المتضامنين بالمدين أسبق ما يمرض من المسائل بصدد التضامن الإيجابى . وقد عنتت المادتان ٤٠٤ و ٤٠٥ ببيان حكم هذه الصلة بصدد الوفاء فحسب باعتباره أهم سبب من أسباب انقضاء الالتزامات . أما ما عداه من الأسباب ، أو ما عدا ذلك من آثار هذا التضامن في صلة الدائنين بالمدين بمبادرة أعم ، فيشار عند تفصيل الأحكام الخاصة بالتضامن السلبى ، وهو أوفر حظاً من الأهمية فى نطاق العمل ، إلى تطبيقات تلك الأحكام فى نطاق التضامن الإيجابى . ومع ذلك فن المسطاع بادئ ذى بدء تقرير قاعدة عامة أفرغت فى المادة ٤٠٦ من المشروع فى العبارة الآتية : « إذا برئت ذمة المدين قبل أحد الدائنين المتضامنين بسبب غير الوفاء ، فلا تبرأ ذمته قبل باقى الدائنين إلا بقدر حصة الدائن الذى برئت ذمة المدين قبله ، ولا يجوز لأحد الدائنين المتضامنين أن يأتى عملاً من شأنه الأضرار بالدائنين الآخرين (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٥٧ - ٥٨) .

(٢) ديرانتون ١١ فقرة ١٢٦ - ماركاديه ٤ فقرة ٥٩٨ - لارومبيير ٣ م ١١٩٨ فقرة ١٣ - ديمولوب ٢٦ فقرة ١٨٣ - لوران ١٧ فقرة ٢٦٩ - هيك ٧ فقرة ٣٠٤ - بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٥٦ - بلانويول وريبير وجابول ٧ فقرة ١٠٦٣ ص ٤١٨ .
(٣) ويتفق حكم تفتين الموجبات والعقود اللبناني في التضامن الإيجابى مع حكمه في التضامن -

١٣٩ — المقاصة : وإذا وقعت مقاصة ما بين أحد الدائنين المتضامنين والمدين ، فإن هذه المقاصة لا تقضى الدين بالنسبة إلى سائر الدائنين المتضامنين إلا بقدر حصة الدائن الذى وقعت معه المقاصة . فلا يجوز إذن للمدين أن يتمسك قبل الدائنين بالمقاصة التى وقعت مع واحد منهم إلا بقدر حصة هذا الدائن (١) ، ثم يرجع المدين على الدائن الذى وقعت معه المقاصة بما دفعه للدائنين الآخرين زائداً عما فى ذمته . وهذا هو أيضاً حكم المقاصة فى التضامن السلبى (انظر م ٢٨٧ مدنى) .

١٤٠ — اتحاد الزمة : وإذا انحلت ذمة أحد الدائنين المتضامنين بذمة المدين ، بأن ورث المدين أحد هؤلاء الدائنين ، فإن اتحاد الزمة لا يقضى الدين بالنسبة إلى سائر الدائنين المتضامنين إلا بقدر حصة الدائن الذى وقع معه

السلبى من حيث التجديد ، فالتجديد كقاعدة عامة مبررى لذمة الجميع فى الحالتين كالوفاء . وتنص المادة ١/١٣ من هذا التقنين على « أن موجب التضامن يسقط تجاه كل الدائنين بالإفهاء أو بأداء الموضع أو بإيداع الشيء المستحق أو بالمقاصة أو بتجديد التصايد تجاه أحد الدائنين » . ثم تنص المادة ٣١ من نفس التقنين على « أن تجديد الموجب بين الدائن وأحد الموجب عليهم يبرى ذمة الآخرين ، إلا إذا رضى هؤلاء بالتزام الموجب الجديد . أما إذا اشترط الدائن قبول المدينين وامتنع هؤلاء ، فللموجب السابق لا يسقط » .

(١) ماركاديه ٤ فقرة ٤٩٨ — لوران ١٧ فقرة ٢٦٨ . ولكن انظر عكس ذلك : دايبرتون ١١ فقرة ١٧٨ — لارومبيير ٣ م ١١٩٨ فقرة ٨ — ديمولوب ٢٦ فقرة ١٩٢ — منك ٧ فقرة ٣٠٥ . وانظر أيضاً عكس ذلك المادة ١٣ من تقنين الموجبات والمقود البناني . ولا مجال فى مصر لهذا الخلاف فى رأى لأن نص الفقرة الأولى من المادة ٢٨٢ مدنى صريح فى تقرير الحكم (مع ذلك انظر العكس : الأستاذ عبد الحى حجازى ١ ص ٢١٩) . وقد ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التهنيدى فى هذا الصدد : « وتسرى القاعدة نفسها على التضامن الإيجابى ، فليس للمدين أن يمتنع على الدائنين المتضامنين بالمقاصة التى تقع بينه وبين دائن آخر إلا بقدر حصة هذا الدائن : المادة ١٥٢ من المشروع الفرنسى الإيطالى . وليس لمن انتفىض دينه من الدائنين المتضامنين بطريق المقاصة أن يرجع على المدين ، والدائنين الآخرين أن يرجعوا على هذا الدائن كل بقدر حصته » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٧٠) .

هذا ويحجج المدين بالمقاصة فى حدود حصة من وقعت معه حتى لو كانت المقاصة جزئية ، ولا يمتنع على ذلك بعدم جواز الوفاء الجزئى ، فإن الوفاء الجزئى جائز فى المقاصة (ديمولوب ٢٦ فقرة ١٩٤ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٤٦) .

اتحاد الذمة ، فلا يتمسك المدين باتحاد الذمة إلا بقدر حصة هذا الدائن (١) .
وهذا هو أيضاً حكم اتحاد الذمة في التضامن السلبي (انظر ٢٨٨ مدني (٢)) .

١٤١ - الإبراء : وإذا أبرأ أحد الدائنين المتضامنين المدين ، لم تبرأ
ذمة المدين نحو سائر الدائنين المتضامنين إلا بقدر حصة الدائن الذي صدر منه
الإبراء . ويرجع أي دائن آخر على المدين ببقية الدين بعد أن يستنزل نصيب
هذا الدائن . وهذا هو أيضاً حكم الإبراء في التضامن السلبي (انظر المادة
١/٢٨٩ مدني (٣)) .

(١) ومن ثم يجب على دفع الباقي من الدين لأي دائن آخر ، وتبقى التأمينات الأصلية التي
كانت تضمن الدين كله ضامنة للباقي منه (بودوي وبارد ٢ فقرة ١١٦٣ ص ٢٨٣) .

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « وكذلك يكون
الحكم في حالة التضامن الإيجابى ، فلا يترتب على اتحاد الذمة بين أحد الدائنين المتضامنين والمدين
انقضاء الدين إلا بقدر حصة هذا الدائن : انظر المادة ١٤/٥ من التقنين الفرنسى والمادة ١٥٣ من
المشروع الفرنسى الإيطالى والمادة ١٥٣ من المشروع الفرنسى الإيطالى والمادة ٢/٤٢٩ من
التقنين الألمانى . فإذا خلف الدائن المدين ، فلكل من الدائنين الآخرين أن يرجع عليه ، إما
بوصفه دائناً قد استوفى الدين من طريق اتحاد الذمة ، وفى هذه الصورة لا يكون لمن يستعمل حق
الرجوع إلا المطالبة بمحسته ، وإما بوصفه وارثاً للمدين ، وفى هذه الصورة يكون لمن يستعمل حق
الرجوع أن يطالب بمجمل الدين بعد استنزال حصة الدائن الذى خلف المدين . وإن خلف المدين
الدائن ، فلكل من الدائنين الآخرين أن يرجع عليه بمجمل الدين بعد استنزال حصة هذا الدائن .
وبرأى أن الصورة الأولى يتمتع بتحقيقها فى تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية ، فإذا توفى المدين
وورثه دائن من الدائنين المتضامنين فيظل لهذا الدائن حقه فى الرجوع بمجمل الدين على التركة
شأنه فى ذلك شأن أي دائن آخر » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٧٢) .

(٣) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « ولا يجوز أن يحتج
فى التضامن الإيجابى بالإبراء الصادر من أحد الدائنين المتضامنين على الباقين ، فلكل من هؤلاء أن
يرجع على المدين بمجمل الدين بعد استنزال حصة من صدر الإبراء منه : انظر المادة ١٤/١ من
التقنين اللىباني والمادة ١٥٤ من المشروع الفرنسى الإيطالى والمادة ٢/١١٨٨ من التقنين الفرنسى
والمادة ٣/٤٢٩ من التقنين الألمانى والمادة ٢٠ من التقنين البولونى » (مجموعة الأعمال
التحضيرية ٣ ص ٨٠) .

١٤٢ - التقادم : وإذا تقادم الدين بالنسبة إلى أحد الدائنين المتضامنين ولم يتقادم بالنسبة إلى الآخرين - بأن كان الآخرون مثلاً قد علق حقهم على شرط واقف أو أضيف إلى أجل ، فلم يسر التقادم بالنسبة إليهم إلا بعد سريانه بالنسبة إلى الدائن الأول ذى الحق المنجز ، فانقضى حق هذا بالتقادم دون أن تنقضى حقوق أولئك - فإن المدين لا يجتبع على سائر الدائنين الذين لم ينقص حقهم بالتقادم إلا بقدر حصة الدائن الذى قضى التقادم حقه (١) . وهذا هو أيضاً حكم التقادم فى التضامن السلبى (انظر المادة ١/٢٩٢ مدنى (٢)) .

= وتضيف المذكرة الإيضاحية ، فى شأن جواز الإبراء من التضامن الإيجابى هل غرار الإبراء من التضامن السلبى ، ما يأتى : « ومن المصور أن يتصور الإبراء من التضامن بصدد التضامن الإيجابى أيضاً ، فإذا ارتضى أحد الدائنين المتضامنين أن يستوفى نصيبه من الدين ، رثت ذمة المدين بقدر هذه الحصة بالنسبة للآخرين : المادة ١٣/٢ من التقنين البنى . ويجوز أيضاً أن يصدر الإبراء من التضامن من أحد الدائنين المتضامنين دون أن يستوفى حصته من الدين فعلاً ، وفى هذه الحالة يكون لسائر الدائنين الذين لم يرتضوا هذا الإبراء حق الرجوع إلى المدين بكل الدين . فلو قرع أن دائنين أربعة تضامنوا فى استيفاء دين مقداره ١٢٠٠ جنيه ، وأبرأ أحدهم المدين من الدين ، فلكل من الثلاثة الباقين أن يرجع إلى المدين بمبلغ ٩٠٠ جنيه . فإذا أصر هذا المدين لإصداراً جزئياً ، ولم يستطيع إلا أداء ٦٠٠ جنيه ، وجب أن يتحمل جميع الدائنين ، حتى من صدر الإبراء منه ، تبعة المساءلة الناشئة من هذا الإصدار وقدرها ٣٠٠ جنيه » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٨٠ - ص ٨١) .

(١) الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام بقرة ٢١٤ ص ٣٠٢ - انظر عكس ذلك الأستاذ عبد الحى حجازى ١ ص ١٢١ - ص ٢٢٢ - ص ٢٢٢ هامش رقم ١)
(٢) هذا ويقتضى من أسباب انقضاء الالتزام الوفاء بمقابل واستحالة الوفاء . فى الوفاء بمقابل ، إذا وفى المدين أحد الدائنين المتضامنين الذين بمقابل ، لم يجوز له أن يتسكك بذلك ضد الدائنين المتضامنين الآخرين إلا بمقدار حصة الدائن الذى وفى المقابل ، وذلك قياساً على سائر أسباب الانقضاء غير الوفاء ، ولأن الدائنين الآخرين لا يتقبلون بمقابل الوفاء إلا إذا قبلوه وهم لم يفعلوا (انظر الأستاذ عبد الحى حجازى ١ ص ٢٢٠) . أما استحالة الوفاء ، إذا وقمت على محل الدين وكانت بسبب أجنبي ، فإنها تنقضى الدين بالنسبة إلى الدائنين جميعاً . فإذا كانت الاستحالة بسبب المدين ، كان مسئولاً عن التعمييض لجميع الدائنين بالتضامن فيما بينهم (بوردى وهارد ٢ بقرة ١١٣٣ ص ٢٦٢ هامش رقم ١) .

٣٥ - أعمال الدائن التي من شأنها نفع سائر الدائنين أو الاضرار بهم

١٤٣ - المبدأ العام (تذكرة) : رأينا أن الفقرة الثانية من المادة ٢٨٢

مدني تنص على ما يأتي : « ولا يجوز لأحد الدائنين المتضامنين أن يأتي عملاً من شأنه الإضرار بالدائنين الآخرين » . وقد قدمنا أن الأصل في ذلك أن وكالة كل دائن متضامن عن سائر الدائنين المتضامنين إنما تقوم في كل عمل من شأنه أن ينفعهم ، وهي لا تقوم في أي عمل من شأنه أن يضر بهم . وهذا جد معقول ، فإن الدائنين المتضامنين إذا وكل كل منهم الآخر فأنما يوكله فيما ينفعه لا فيما يضره . والمبدأ ذاته متبع أيضاً في التضامن السليبي كما سنرى .

ونطبقه الآن - كما طبقه المشرع في صدد التضامن السليبي - على نوعين من الأعمال : (١) أعمال من شأنها نفع الدائنين الآخرين فيسرى أثرها في حقهم ، ونستعرض منها قطع التقادم ووقفه وإعذار المدين ومطالبة مطالبته قضائية والصلح معه صلحاً يفيد الدائنين وإقراره بالدين والحكم الذي يصدر لصالح أحد الدائنين . (٢) وأعمال من شأنها الأضرار بالدائنين الآخرين فلا يسرى أثرها في حقهم ، ونستعرض منها إعذار الدائن والخطأ الذي يصدر منه والصلح مع المدين صلحاً يضر الدائنين ونكول الدائن عن اليمين وتوجيه اليمين للمدين والحكم الذي يصدر لصالح المدين .

١٤٤ - الأعمال النافعة : إذا قطع أحد الدائنين المتضامنين التقادم

ينقطع لصالح سائر الدائنين المتضامنين ، لأن الدائن الذي قطع التقادم يعتبر وكيلاً عنهم في هذا العمل الذي يفيدهم جميعاً (١) . وعكس ذلك هو حكم قطع التقادم في التضامن السليبي ، إذا قطع الدائن التقادم ضد أحد المدينين

(١) وإذا انقسم الدين على ورثة أحد الدائنين المتضامنين ، على الوجه الذي بيناه فيما تقدم ، فإن قطع أحد الورثة للتقادم لا يفيد بقية الورثة لأنه غير متضامن معهم بل إن الدين قد انقسم عليهم ، ولكنه يفيد بقية الدائنين المتضامنين في حدود نصيب الوارث الذي قطع التقادم لأنه متضامن مع هؤلاء الدائنين ، وقد سبق ذكر ذلك (انظر أكفاً فقرة ١٣٤ في الهامش - وانظر ديرانتون ١١ فقرة ١٨٠ - لاروميير ٣ م ١١٩٩ فقرة ٤ - لوران ١٧ فقرة ٢٦٣ - بودري وبارد ٢ فقرة ١١٤٨ - بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٨١٦ ص ٦٠٢ - ص ٦٠٣ و ص ٦٠٢ هامش رقم ١) .

المتضامين ، فان قطع التقادم ضده لا يضر بالمدينين الآخرين (انظر المادة ٢/٢٩٢ مدنى) . وإذا كان سريان التقادم موقوفاً بالنسبة إلى أحد الدائنين المتضامين ، بأن كان مثلاً ناقص الأهلية وليس له ولى ، فانه لا يوقف بالنسبة إلى باقى الدائنين ممن لا يقوم بهم سبب لوقف التقادم (١).

وإذا أعلز أحد الدائنين المتضامين المدين ، اعتبر المدين معذراً لصالح سائر الدائنين المتضامين ، لأن الإعذار عمل يفيدهم جميعاً . وكذلك إذا طالب الدائن المدين مطالبة قضائية بالفوائد ، فان الفوائد تسرى أيضاً لصالح سائر الدائنين . والحكم عكس ذلك فى التضامن السلبى ، فان ما يعتبر مفيداً للدائن يكون ضاراً بالمدين (انظر المادة ٢/٢٩٣ مدنى) .

وإذا صالح أحد الدائنين المتضامين المدين ، وتضمن الصلح إقرار المدين بالدين أو رتب فى ذمته التزاماً أو زاد فى التزامه ، فان هذا الصلح يفيد منه باقى الدائنين (٢). (انظر فى التضامن السلبى المادة ٢٩٤ مدنى) .

وإذا أقر المدين لأحد الدائنين المتضامين بالدين ، أفاد سائر الدائنين من هذا الإقرار ، بخلاف ما إذا أقر أحد الدائنين للمدين فان هذا الإقرار لا يسرى فى حق الباقيين (انظر فى التضامن السلبى المادة ١/٢٩٥ مدنى) .

وإذا صدر حكم على المدين لصالح أحد الدائنين المتضامين ، جاز للدائنين المتضامين الباقيين أن يتمسكوا بهذا الحكم لصالحهم ، إلا إذا كان الحكم مبنياً على سبب خاص بالدائن الذى صدر الحكم لصالحه (انظر فى التضامن السلبى المادة ٢/٢٩٦ مدنى) (٣).

(١) ماركاديه ٤ فقرة ٥٩٩ - لوران ١٧ فقرة ٢٦٤ - هيك ٦ فقرة ٣٠٧ - بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٤٩ - بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٦٣ ص ٤١٨ عكس - ذلك : ديرانتون ١١ فقرة ١٨٠ - لاروميير ٣ م ١١٩٩ فقرة ٣ - ديولومب ٢٦ فقرة ١٧١ . (٢) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « إذا تصالح أحد الدائنين المتضامين مع المدين ، أفاد من هذا الصلح باقى الدائنين ، متى كان صلحه هذا يتضمن إقراراً بالحق أو بالدين . أما إذا كان يتطوى على إبراء من الدين أو يسره إلى مركزهم ، فلا ينفذ فى حقهم ما لم يرتضوا ذلك » انظر المسادتين ١٨ و ١٩ من التقنين البناى (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٨٩) .

(٣) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « تسرى القاعدة أيضاً على التضامن الإيجابى ، فإذا حكم لصالح أحد الدائنين المتضامين على المدين ، أفاد من -

١٤٥ - **الاعمال المضارة** : أما إذا أعلر المدين أحد الدائنين المتضامنين ، فإن هذا الإعتذار لا يسرى في حق الباقيين ، لأن هذا عمل من شأنه الأضرار بهم وهم لم يوكّلوا الدائن المعتذر في عمل يضرهم (انظر في التضامن السلبى المادة ٢/٢٩٣ مدنى) .

وإذا ارتكب أحد الدائنين المتضامنين خطأ استوجب مسئوليته قبل المدين ، فإن هذا الخطأ لا يمتدى أثره إلى سائر الدائنين المتضامنين ولا يكونون مسئولين عنه ، ولا يكون أى دائن متضامن مسئولاً إلا عن فعله (انظر في التضامن السلبى المادة ١/٢٩٣ مدنى) .

وإذا صالح أحد المتضامنين المدين وكان الصلح ينطوى على نزول من الدائن عن بعض حقه ، فإن هذا الصلح لا يسرى في حق الدائنين المتضامنين الآخرين ، ولا يعد هؤلاء نازلين عن بعض حقهم إلا إذا قبلوا هذا الصلح (انظر في التضامن السلبى المادة ٢٩٤ مدنى) (١) .

وفى توجيه المدين ، إما أن يوجه المدين المدينين لأحد الدائنين المتضامنين أو يوجه أحد الدائنين المتضامنين المدينين . وفى الحالة الأولى ، إذا حلف الدائن المتضامن أفاد من حلفه الباقيون ، وإذا نكل لم يضار الباقيون بنكوله . وفى الحالة الثانية ، إذا حلف المدين لم يضار الدائنون الآخرون بحلفه ، وإذا نكل أفاد من نكوله الدائنون الآخرون (انظر في التضامن السلبى المادة ٣٥٩/٢ مدنى) .

- هذا الحكم باقٍ للدائنين ، أما إذا قضى لصالح المدين فلا يضار الباقيون بهذا الحكم . وإذا أُلغى الحكم الصادر لصالح أحد الدائنين ، زال أثره بالنسبة لباقي الدائنين ، ولكن إذا كان جميع الدائنين قد اختصوا فى الدعوى ثم قضى بإلغاء الحكم بالنسبة لأحدهم فلا يضار بذلك الباقيون . ولا يترتب على إعلان الحكم لأحدهم سريان المواعيد المقررة لظن فى الأحكام بالنسبة للباقيين (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٩٤) .

هذا وإذا ارتكب المدين خطأ يستوجب مسئوليته ، فإنه يكون مسئولاً قبل جميع الدائنين المتضامنين .

(١) انظر ما سبق ذكره من المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٨٩ (ألفاً فقرة ١٤٤ فى الحامش) .

وإذا صدر حكم ضد أحد الدائنين المتضامين لصالح المدين ، فإن هذا الحكم لا يحتاج به ضد سائر الدائنين المتضامين (انظر في التضامن السلبي المادة ١/٢٩٦ مدني (١) .

وهكذا يضطر المبدأ الذي قدمناه : ما كان من عمل يفيد سائر الدائنين فانهم يفيدون منه ، وما كان من عمل يضرهم فانهم لا يضارون به .

المطلب الثاني

علاقة الدائنين المتضامين بعضهم ببعض

١٤٦- النصوص القانونية : تنص المادة ٢٨٣ من التقنين المدني على ما يأتي :

١ - كل ما يستوفيه أحد الدائنين المتضامين من المدين يصير من حق الدائنين جميعاً ويتحصون فيه .

٢ - وتكون القسمة بينهم بالتساوي ، إلا إذا وجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك (٢) .

وبقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ١٦١/١٠٧ (٣) .

(١) انظر ما سبق ذكره من الماكورة الإيضاحية لمشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٩٤ (آنفاً فقرة ١٤٤ في الهامش) . وانظر لوران ١٧ فقرة ٢٧١ . وانظر عكس ذلك في القانون الفرنسي لاروسبيير م ١١٩٨ فقرة ١٥ - ديملوب ٢٦ فقرة ١٩١ - بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٥٩ ، ولكن يسلّم الفقهاء الفرنسيون بأن الحكم الصادر ضد الدائن لسبب خاص به ، كتكوله عن المدين أو إقراره أو توجيه المدين فيحلفها ، لا يرسى في حق الدائنين الآخرين (بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٦٠ - ديملوب ٢٦ فقرة ١٩١) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٤٠٧ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة ، وأصبحت المادة رقها ٣٩٢ في المشروع النهائي . ثم وافق عليها مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٢٨٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٦٠ - ص ٦٢) .

(٣) التقنين المدني السابق م ١٦١/١٠٧ (ونعيد ذكرها) : إذا تمسك التمسك التفرغض-

ويقابل في التقنيات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٢٨٣ ، وفي التقنين المدني الليبي المادة ٢٧٠ ، وفي التقنين المدني العراقي المادة ٣١٩ ، وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المواد ٢٠ - ٢٢ (١) .

١٤٧ - انقسام الدين في عمدة الدائنين بعضهم ببعض : إذا كان الدين لا ينقسم في علاقة الدائنين المتضامنين بالدين ، بل يجوز لأي دائن استيفاء كل الدين من المدين ويجوز للمدين دفع الدين كله لأي دائن ، فإن الدين في علاقة الدائنين بعضهم ببعض ينقسم . وما يستوفيه أحد الدائنين المتضامنين من الدين يصير من حق الدائنين جميعاً ، منقسماً بينهم لكل منهم حصته (م ١/٢٨٣ مدني) .

= من كل من المتعهد لم الباقي في استيفاء الشيء المتعهد به ، يكون كل منهم قائماً مقام الباقي في ذلك . وفي هذه الحالة تتبع القواعد المتعلقة بأحوال التوكيل .
(ومادامت قواعد الوكالة هي التي تطبق ، فهي تسري أيضاً في علاقة الدائنين بعضهم ببعض ، ويعتبر من استوفى الدين من الدائنين وكبلاً عن كل من الآخرين في قبض نصيبه ، فعليه أن يسلمه إياه . وهذا هو نفس الحكم الذي قرره التقنين المدني الجديد) .

(١) التقنيات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٢٨٣ (مطابقة للمادة ٢٨٣ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني الليبي م ٢٧٠ (مطابقة للمادة ٢٨٣ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٣١٩ (متفقة في الحكم مع المادة ٢٨٣ من التقنين المدني المصري) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٢٠ : ما يأخذه كل واحد من الدائنين المتضامنين ، سواء أكان بالاستيفاء أم بالصلح ، يصبح مشتركاً بينه وبين الدائنين الآخرين ، فيشتركون فيه على نسبة حصصهم . وإذا حصل أحد الدائنين على كفالة أو حوالة لحصة ، فيحق للدائنين الآخرين الاشتراك فيما يوفيه الوكيل أو المحال عليه ، هذا كله ما لم يستتج العكس من العقد أو القانون أو ماهية القضية .

م ٢١ : بعد الإيفاء يقسم مجموع الدين حصصاً متساوية إذا لم يشترط العكس .

م ٢٢ : إن الدائن التضامن الذي لا يتسكن بعد الاستيفاء من تقديم المال المستوفى لنسب يستد إلى خطأ هو مسئول تجاه الدائنين الآخرين على قدر حصصهم .

(والأحكام واحدة في التقنينين اللبناني والمصري ، سواء من حيث المبدأ أو من حيث التفصيلات التي أوردها التقنين اللبناني ويمكن استخلاصها من تطبيق القواعد العامة في مصر دون حاجة إلى نص) .

وهذه القاعدة تسرى أيا كانت طريقة الدائن في استيفاء الدين . فيجوز أن يستوفيه رأساً من المدين ، كما يجوز أن يستوفيه من كفيل للمدين ، أو من محال عليه إذا حول المدين الدائن بحق للمدين على الغير وهذه هي حوالة الحق ، أو حوله بالدين على مدين آخر وهذه هي حوالة الدين (١) .

وتسرى القاعدة أيضاً أياً كان المقدار الذي استوفاه الدائن : كل الدين أو بعضه . فإذا كان قد استوفى بعض الدين ، جاز لكل دائن آخر أن يرجع عليه رجوعاً جزئياً بقدر حصته في هذا البعض . أما إذا اتفق الدائن مع المدين على أن ينق له بحصته وحده في الدين ، فقد قدمنا أن هذا الاتفاق يصح ، وتبرأ ذمة المدين بقدر هذه الحصة ، ويكون لأي دائن آخر أن يطالب المدين ببقية الدين بعد أن يستنزل حصة الدائن الذي استوفى حصته (٢) ، وإن كان هناك رأى يذهب إلى أن الدائنين الآخرين لهم حتى في هذه الحالة الرجوع على المدين الذي قبض حصته كل بنسبة حصته في الدين (٣) ، وقد تقدمت الإشارة إلى ذلك (٤) .

(١) انظر المادة ٢٠ من تقنين الموجبات والنفود البتاني . أما الاستيفاء بطريق الصلح الذي يشير إليه التقنين البتاني فيجب فيه التمييز بين ما إذا كان الصلح سارياً في حق سائر الدائنين طبقاً لقواعد التي قمتناها فيكون للدائنين أن يرجعوا بحصصهم في مقابل الصلح على الدائن الذي وقع منه الصلح ، وبين ما إذا كان الصلح غير سار في حق سائر الدائنين فيكون لأي دائن منهم الرجوع على المدين ببقية الدين بعد أن يستنزل حصة الدائن الذي وقع منه الصلح .

(٢) انظر آنفاً فقرة ١٣٢ .

(٣) لاروسبيير ٣ م ١١٩٧ فقرة ٢٩ — ديمولومب ٢٦ فقرة ١٥٦ — فقرة ١٥٨ — بودري وبارد ٢ فقرة ١١٣٦ وفقرة ١١٦٦ .

(٤) انظر آنفاً فقرة ١٣٢ في الهامش — هذا وتنص المادة ٢٢ من تقنين الموجبات والنفود البتاني على « أن الدائن المتضامن الذي لا يتمكن بعد الاستيفاء من تقديم المال المستوفى لسبب يسند إلى خطأ هو مسئول تجاه الدائنين الآخرين على قدر حصصهم » . وهذا الحكم هو مجرد تطبيق للقواعد العامة ، فيمكن الأخذ به في مصر دون نص . ومن ثم إذا ارتكب الدائن الذي استوفى الدين خطأ ، كان مسئولاً عنه — مسئولية الوكيل أو مسئولية الفضول — قبل الدائنين الآخرين . فإذا كان الدين مثلاً مئتيًا قبضها من المدين ثم هلكت بخطأه ، كان مسئولاً عن تمويض كل دائن آخر بقدر حصته في الدين المقبوضة .

١٤٨- الأساس القانوني لمجموع كل دائر محصة : ويجب أن

تلتزم الأساس القانوني لمجموع كل دائر بمحصته في العلاقة التي قام التضامن على أساسها بين الدائنين المتضامنين . ففهم ولا شك شركاء في مصلحة واحدة . فقد يكونون ملاكاً على الشيوخ لدار باعوها معاً متضامنين في استيفاء الثمن من المشتري . فعقد البيع الذي أنشأ الالتزام بالثمن وأنشأ في الوقت ذاته علاقة التضامن ما بين البائعين يمكن أن تستخلص منه ، في هذه الحالة ، وكالة ضمنية صادرة من كل بائع للبائعين الآخرين في استيفاء الثمن نيابة عنه وبتوكيله . فإذا أمكن استخلاص ذلك - وهو ممكن في أكثر الأحوال - كان أساس الرجوع هو عقد الوكالة الضمنية المستخلص من رابطة التضامن (١) .

وإذا لم يمكن استخلاص وكالة ضمنية ، فإن قبض أحد الدائنين لجميع الدين إنما يكون أصالة في حصته ، وفضالة في حصص سائر الدائنين . فيرجع هؤلاء على الدائن الذي استوفى الدين ، كل بقدر حصته ، على مقتضى قواعد الفضالة .

وسنرى في التضامن السليبي أن المدين المتضامن ، إذا وفي كل الدين ، رجع على المدينين المتضامنين كل بقدر حصته ، إما بدعوى شخصية تقوم على الوكالة أو الفضالة كما في التضامن الإيجابي ، وإما بدعوى الحلول فيحل المدين الذي وفي الدين محل الدائن في الدين الذي وفاه . ولا تتصور دعوى الحلول في التضامن الإيجابي ، فإن هذه الدعوى لا تكون إلا لمدين دفع الدين وبريد الرجوع على المدينين الآخرين فيحل محل الدائن في هذا الرجوع ، ولا شيء من ذلك فيما نحن فيه .

وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في بيان الأساس الذى يقوم عليه حق الرجوع ما يأتى : « وليس يبقى بعد ذلك سوى بيان الأساس الفقهى الذى يقوم عليه رجوع الدائنين المتضامنين فيما بينهم . وغنى عن البيان أن دعوى الحلول ، لا يتصور أن تتخذ أساساً في هذا الشأن . فالأمر سينحصر إذن في

(١) وحل هذا الأساس كان التفتين المدنى السابق (١٠٧ / ١٦١) ، كما رأينا ، بيني للتضامن .

الدعوى الشخصية ، وهى تؤسس على ما يكون بين هؤلاء الدائنين من علاقات سابقة ، قد يكون مصلبها وكالة أو فضالة (١) .

١٤٩ - كيف تتعين هذه كل دائر متضامن : يفلب أن يكون هناك

اتفاق سابق بين الدائنين المتضامين يعين لكل دائن حصته فى الدين . وقد يتولى القانون هذا التعيين إذا لم يكن هناك اتفاق . فإذا أغفل البائعون فى الشيوخ مثلاً تعيين نصيب كل منهم فى الثمن ، فإن القواعد القانونية تقضى بأن الثمن ينقسم بينهم كل بنسبة حصته فى الدار الشائعة المبيعة .

بل إن القواعد القانونية قد تقضى بأن يكون أحد الدائنين المتضامين هو وحده صاحب المصلحة فى الدين ، وذلك إذا كان الدائنون الآخرون ليسوا إلا وكلاء عنهم للعمل بالنيابة عنه ، وجعلهم دائنين متضامين معه . ففى مثل هذه الحالة إذا كان الذى استوفى الدين من المدين هو الدائن صاحب المصلحة فيه ، فليس لأحد من الآخرين حق الرجوع عليه بشئ . أما إذا كان الذى استوفى الدين هو دائن آخر ، فإن صاحب المصلحة فى الدين يرجع عليه بكل ما قبض ، لأنه هو وحده صاحب الدين (٢) .

فإذا لم يوجد اتفاق بين الدائنين أو نص فى القانون ، لم يبق إلا اعتبار الدائنين المتضامين متساوين جميعاً فى حصصهم ، وقسم الدين بينهم بحسب الرؤوس (parts viriles) ، وهذا ما تقضى به الفقرة الثانية من المادة ٢٨٣ مدنى (٣) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٦١ .

(٢) وفى هذا المعنى تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « يعتبر الدين وحدة لا تقبل التجزئة فى صلة الدائنين بالمدين ، ولكنه حل نقض ذلك ينقسم فى صلة الدائنين بعضهم ببعض . ويفرض حل ذلك أن كل ما يستوفى أحد الدائنين من الدين يصير من حق هؤلاء الدائنين جميعاً ، ويتعاصرون فيه بنسبة أنصبتهم ، وقسماً لما اتفقوا عليه صراحة أو ضمناً . فإذا كان أحدهم هو صاحب المصلحة فى الدين وحده ، وكان الباقيون مجرد وكلاء سخرؤا فى الواقع من الأمر ، استقل هذا الدائن وحده بالدين بأسره إن كان قد استوفاه ، وله أن يرجع به كله حل من يستأديه من سائر الدائنين » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٦٠ — ص ٦١) .

(٣) والأصل أن الحصص تكون متساوية ، ما لم يثبت أن هناك اتفاقاً أو نصاً يقضى بغير ذلك ، ومن ينهى من الدائنين علم التساوى هو الذى يحمل عبء إثبات ذلك وفقاً لقواعد العامة =

« فلو فرض - كما تقول في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى - أن أحد دائتين ثلاثة استوفى كل الدين ، وكان مقداره ٣٠٠ جنيه ، تعين انقسام المبلغ بينهم بالتساوى ، فيكون لكل من الدائتين الآخرين أن يرجع على الدائن الأول بمبلغ مائة جنيه . ولو فرض أن هذا الدائن أعسر إعساراً جزئياً لا يتاح معه إلا أداء نصف ديونه ، تحمل الدائتان الآخران تبعة هذا الإعسار كل بنسبة نصف نصيبه (فيحصل كل منهما على خمسين جنيهاً بدلا من مائة ، ولا يتحمل المدين تبعة إعسار الدائن وهذه هي فائدة التضامن بالنسبة إليه) . وكذلك يكون الحكم لو أن المدين نفسه هو الذى أعسر ولم يتيسر لمن طالبه من الدائتين المتضامنين إلا استيفاء نصف الدين أى مبلغ ١٥٠ جنيه ، فلا يكون لكل من الدائتين الآخرين في هذه الحالة أن يستوفى إلا مبلغ خمسين جنيهاً ، وعلى هذا النحو يتحمل الدائتون الثلاثة تبعة هذا الإعسار كل بنسبة النصف من نصيبه » (١) .

المبحث الثالث

صورة خاصة من التضامن بين الدائتين

(الدين المشترك)

١٥٠ - الدين المشترك صورة خاصة من التضامن بين الدائتين

يعرفها الفقه الاسلامى والتفقيس العراقى دونه التفقيس الفرنى المصرى

وسائر التفقيسات العربيه : وهناك صورة خاصة من التضامن بين الدائتين لا تصل إلى المدى الذى رسمناه فيما تقدم ، بل تقتصر عنه في بعض النواحي ، وهذه الصورة الخاصة هي ما يعرفه الفقه الإسلامى تحت اسم « الدين

- في الإثبات ، فلا يجوز إثبات الاتفاق إذا كانت قيمة الحصة تزيد على عشرة جنيهات إلا بالكتابة أو بما يقوم مقامها (انظر في هذا المعنى بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٦٥ ص ٢٨٥) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٦١ - وانظر في بعض التشريعات الأجنبية في التضامن من ما بين الدائتين بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٦٧ - فقرة ١١٦٩ .

المشترك (١) . وقد نقلها عن الفقه الإسلامى - وعن المجلة بنوع خاص -
التقنين المدنى العراقى ، ولم ينقلها التقنين المدنى المصرى ولا التقنينات المدنية
العربية الأخرى . ومن ثم يكون هذا البحث مقصوداً ، من ناحية التطبيق ، على
التقنين المدنى العراقى دون غيره من التقنينات المدنية العربية .

ونبحث الدين المشترك كما نجحنا التضامن بين الدائنين ، فنستعرض : (أولاً)
مصدر الدين المشترك (ثانياً) الآثار التى ترتب على الاشتراك فى الدين .

(١) يعرف الفقه الإسلامى ، إل جانب نظام الدين المشترك ، نظام التضامن سواء بين
الدائنين أو بين المدينين .

فالتضامن بين الدائنين يقوم فى شركة المفاوضة ، سواء كانت شركة أموال أو شركة أعمال
أو شركة وجوه ، متى كان الدين ناشئاً عن أعمال التجارة . فيعتبر الشركاء دائنين متضامنين بالنسبة
إذا باع أحدهم مالا لشركة ، ويحتبرون كذلك دائنين متضامنين بالتعويض إذا اغتصب شخص
مالاً لشركة . كذلك يقوم التضامن بين الدائنين فى شركة العنان إذا كانت شركة أعمال ، فالشركاء
دائنون متضامنون بالأجر المستحق . وأثر التضامن بين الدائنين يميل لكل دائن أن يطالب
المدين بكل الدين ، وإذا وفى المدين أحد الدائنين كل الدين برئت ذمته نحو الجميع . ويرجع
الدائنون على شريكهم الذى قبض الدين ، كل منهم بحصة ، وحصصهم دائماً متساوية فى شركة
المفاوضة . والتضامن بين الدائنين فى شركة المفاوضة يقوم على فكرة الوكالة ، فكل شريك
وكيل عن الآخر فى القبض والتقاضى وفى جميع حقوق المقد . ويقوم التضامن بين الدائنين فى
شركة العنان على تضامنهم كدائنين ، فالشركاء مدينون متضامنون فى التزامهم بالعمل فيكونون
دائنين متضامنين فى حقهم فى الأجر .

والتضامن بين المدينين يقوم بين الشركاء فى شركة المفاوضة ، ولو نشأ الدين عن غير أعمال
التجارة ، ما دام ذا صفة مالية . ويقوم كذلك فى شركة العنان إذا كانت شركة أعمال ، فيكون
الشركاء متضامنين فى التزامهم بالعمل كما قلنا . وهم أيضاً مدينون متضامنون بالتعويض المستحق
فى حالة هلاك الشيء المسلم لهم ، ولو كان الهلاك منسوباً خطأً أحدهم دون الآخرين . وهناك أيضاً
تضامن اتفاق بين المدينين : فإذا نشأ الالتزام من مصدر واحد وكان محله واحداً وتعدد المدينون
وكل واحد منهم بعضاً كانوا جميعاً مدينين متضامنين . والتضامن بين المدينين ، سواء كان اتفاقياً
أو قانونياً (فى شركتى المفاوضة والعنان) ، يقوم على فكرة الكفالة المتبادلة بين المدينين .
ومن ثم فأحكام الكفالة هى التى تسمى ، ويجوز للدائن أن يرجع على أى مدين بكل الدين بصفته
أصيلاً عن نفسه وكفيل المدينين الآخرين ، وكذلك يجوز لأى مدين أن ينى الدائن الدين كله
بصفته أصيلاً وكفيل . وإذا وفى أحد المدينين الدين كله للدائن ، رجع على المدينين الآخرين
ككفيل إذا كانت الكفالة بأمرهم ، وله أن يرجع على كل منهم بحصة ، كما له أن يرجع على
أى منهم بحصة وبخصيصة فى حصص الآخرين ثم يرجعان معاً بالباقي على سائر المدينين . فلو كان
الدين لثلاثة ، وكان المدينون المتضامنون ثلاثة حصصهم متساوية ، وفى أحدهم الدين كله =

المطلب الأول

مصدر الدين المشترك

١٥١ - نص في التفتيش المعرفي العراقي : تنص المادة ٣٠٣ من التقنين

المدني العراقي على ما يأتي :

« ١ - يكون الدين مشتركاً بين عدة دائنين إذا نشأ من سبب واحد ، وكان غير متجزئ إما لوحدة الصفقة أو لسبق الاشتراك في المال الذي نشأ عنه الدين » .

« ٢ - فيعتبر ديناً مشتركاً ثمن المبيع المشترك بين اثنين أو أكثر ، و ثمن الشئيين ولو كانا غير مشتركين ، ما دام البيع في الحالتين قد صدر صفقة واحدة من غير تعيين ثمن حصة كل واحد . ويعتبر ديناً مشتركاً كذلك الدين الآيل بالإرث إلى عدة ورثة ، وقيمة المال المشترك إذا استهلك ، وبديل القرض المستقرض من مال مشترك » .

ويتبين من هذا النص أن الدين المشترك بين عدة دائنين له مصدر واحد

= الدائن ، فإنه إما أن يرجع كل من المدينين الآخرين بمائة ، وإما أن يرجع كل أحدهما بمائة وهي حصته في الدين وبخمسين وحده هو نصيبه في حصة المدين الثالث ثم يرجع كل منهما على المدين الثالث بخمسين . انظر في التضامن بين الدائنين وبين المدينين في الفقه الإسلامي الأستاذ شفيق شعاع في النظرية العامة للالتزامات في التشريعة الإسلامية ص ٣٠٣ — ٣٧٨ .

ويتبين مما تقدمت أن الكفالة هي التي جعلت أساساً للتضامن السلبي في الفقه الإسلامي ، وساعد على ذلك أن الكفيل لا يملك حق التجديد في الفقه الإسلامي ، فلذا إن يطالب بالدين كله أبداً شاء المدين الأصل أو الكفيل ، فتمتعت أحكام الكفالة على هذا النحو مع أحكام التضامن إلى مدى بعيد . أما تاريخ الكفالة في الفقه الغربي فهو على العكس من ذلك ، إذ التضامن هو الذي وجد أولاً وكان أساساً للكفالة ، ثم تميز الكفيل بعد ذلك عن المدين المتضامن حتى كسب في النهاية حق التجديد .

ونظام المدين المشترك ، كما سئى ، يحتل مكاناً بارزاً في الفقه الإسلامي ، وهو أكثر بروزاً من نظام التضامن ، فقد أفاض الفقه الإسلامي في تفصيل قواعده ، وجعله نظاماً أصيلاً تقوم مبادئه مستقلة عن فكرة الاشتراك .

لا يعتمد . ويجب إلى جانب ذلك أن يكون هناك اشتراك في الدين بين الدائنين ،
فما لم يوجد هذا الاشتراك انقسم الدين على الدائنين المتعديدين وأصبح ديناً متعدد
الأطراف (obligation conjointe) على النحو الذى قدمناه .

والاشتراك في الدين إما أن يرجع إلى طبيعة الأشياء بأن يكون المال الذى
نشأ عنه الدين مالا مشتركاً (أى شائعاً) بين الدائنين فينشأ الاشتراك في الدين
من سبق الاشتراك في المال الذى نشأ عنه الدين ، وإما أن يرجع إلى اتفاق
المتعاقدين إذا تعدد الدائنون واتفقوا مع المدين على أن يكون الدين مشتركاً بينهم
وذلك بأن يجعلوا الصفة واحدة .

فهناك إذن مصدران للاشتراك في الدين : (١) سبق الاشتراك في المال الذى
نشأ عنه الدين (٢) ووحدة الصفة . فنتناولهما متعاقبين بالبحث .

١٥٢ - سبب الاشتراك في المال الذى نشأ عنه الدين : في هذه

الصورة يكون هناك مال شائع بين اثنين أو أكثر ويكون هذا المال هو مصدر
الدين المشترك .

ويصح في هذه الحالة أن ينشأ الدين مشتركاً منذ البداية ، ويتحقق ذلك إذا
آل دين للتركة إلى وروثة متعددين . فإذا كان للتركة دين في ذمة مدين لها ، وكان
الورثة ثلاثة مثلاً - زوجاً وابناً وبناتاً - فكان للزوج الربع وللبن النصف
وللبنت الربع ، كان هذا الدين الذى للتركة ديناً مشتركاً منذ البداية بين الورثة
الثلاثة بالحصص المتقدمة الذكر (١).

وقد يكون الموجود في البداية هو المال الشائع لا الدين المشترك ، ثم ينشأ
الدين المشترك بعد ذلك عن المال الشائع . مثل ذلك أن يرث ورثة متعددون
عيناً من أعيان التركة على الشيوع ويبيع الورثة العين صفقة واحدة ، فالدين
بالنقود الذى نشأ عن هذا المال الشائع يكون ديناً مشتركاً بين الورثة المتعديدين .
وقد يكون سبب الشيوع في العين سبباً آخر غير الميراث ويبيع الملاك في الشيوع

(١) وكذا إذا أوصى المتوفى لرجلين بالدين الذى له حل آخر ، فالدين أيضاً مشترك بينهما
لانحداد سببه وهو ... الوصية (شرح المحلة لسليم بازم ١٠٩٢ ص ١١١) .

العين صفقة واحدة ، فيكون الدين بالثمن هنا أيضاً ديناً مشتركاً بين البائعين المتعددين . وإذا كانت العين الشائعة بين الملاك المتعددين قد أتلفها شخص فوجب عليه التعويض لملاك العين ، فالدين بالتعويض الذي نشأ عن هذا المال الشائع يكون ديناً مشتركاً بين الملاك المتعددين . وإذا أقرض الملاك المتعددون شخصاً مالا شائعاً بينهم ، فالدين برد القرض وقد نشأ عن مال شائع يكون ديناً مشتركاً بين المقرضين المتعددين (١).

ونرى من الأمثلة المتقدمة أن الدين المشترك في الصورة التي نحن بصددھا هو دين قابل للتجزئة ، ولكن طبيعة الأشياء — أى سبق الاشتراك في المال — اقتضت أن يبقى الدين مشتركاً بين الدائنين المتعددين .

(١) وقد ذكرنا في بيع المال الشائع — سواء صدر البيع من الورثة أو من الملاك في الشيوع — أن البيع يجب أن يصدر صفقة واحدة ، ولم نذكر ذلك في دين التعويض عن إلتلاف مال مشترك ولا في التزام المقرض برد المال المشترك الذي أقرضه . ذلك أن التعويض في حالة الإلتلاف ، والمال الذي رده المقرض في حالة القرض ، إنما هو بديل عن المال المشترك الذي كان سبباً في نشوء الدين ، فيتخذ صفته ويكون مالا مشتركاً مثله . أما الثمن ، في حالة بيع المال المشترك ، فلا يتخذ صفة المال المشترك إلا إذا كان المبيع قد بيع على أنه مال مشترك أى بيع صفقة واحدة ، لاحتال أن يبيع كل مالك على الشيوع نصيبه في المال الشائع على حدة فتتعدد الصفقة وينقسم الثمن على البائعين فلا يكون ديناً مشتركاً .

ويقول الأستاذ شفيق شحاته في مناسبة القرض والعمل غير المشروع ما يأتي : « ويلاحظ مع ذلك أن دين المقرضين يعتبر ديناً واحداً إذا كان المبلغ المقرض من مال مشترك ولو أن عقد القرض لا يعتبر صفقة واحدة عند تعدد المقرضين ، ذلك أن الاشتراك هنا قد فرضته طبيعة الأشياء فهو نتيجة حتمية لكون المبلغ المقرض مشتركاً — إن المقرض يرد مثل ما أقرض تماماً ، فكان من الطبيعي أن يبقى المردود مشتركاً كما كان المأخوذ ، ولذلك لا يكون المردود مشتركاً إذا لم يكن المأخوذ كذلك ، أى لا يكون الدين واحداً إذا لم يكن القرض من مال مشترك . وهذا هو كذلك حكم رجوع الدافعين بأسر المدين ، فإن ذنبهم يكون مشتركاً إذا دفعوا من مال مشترك ، ذلك أن الدفع هنا هو في الواقع عبارة عن إقراض فياخذ حكمه . وفي جميع ما تقدم نشأ الدين عن تعاقد . وقد ينشأ كذلك عن ضرر ويكون لمتعدد ، وهو يعتبر ديناً واحداً في الحالة الأخيرة إذا كان الضرر قد لحق مالا مشتركاً بين اثنين أو وقع على نفس مودعها المشترك . أما إذا لحق الضرر أمراً لا مختلفة مملوكة لجملة أشخاص ، فلا يكون الدين واحداً . وقد فسروا ذلك بصريح التجارة أن السبب وهو الجريمة لا يعتبر واحداً في الحالة الأخيرة ، ويعتبر كذلك في الحالة الأولى (النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الإسلامية فقرة ٢٩٩ — فقرة ٣٠٠ والنصوص الفقهية المشار إليها) .

١٥٣ - ومرة الصفقة : وقد لا يرجع الاشتراك في الدين إلى طبيعة الأشياء ، أى إلى سبق الاشتراك في المال الذى نشأ عنه الدين على النحو الذى قدمناه ، بل يرجع إلى الاتفاق . مثل ذلك أن يبيع شخصان ، أحدهما ملكاً أرضاً زراعية والآخر يملك المواشى اللازمة لزراعة هذه الأرض ، كلا من الأرض والمواشى لمشتري واحد صفقة واحدة بشمن واحد من غير تعيين ثمن حصة كل واحد منهما (١) . فهنا اتفاق ضمنى بين البائعين والمشتري على أن يكون الدين بالثمن ديناً مشتركاً بين البائعين ، يدل على هذا الاتفاق أن البيع صدر صفقة واحدة بشمن واحد من غير تعيين ثمن حصة كل من البائعين . وهذا لا يمنع من قيام اتفاق بين البائعين في علاقة أحدهما بالآخر يحدد حصة كل واحد منهما في الثمن (٢) . ومن هذا نرى أن إرادة المتعاقدين ، لاطبيعة الأشياء ، هى التى اقتضت في هذه الصورة أن يبقى الدين مشتركاً بين الدائنين المتعديين .

١٥٤ - مقارنة بين الاشتراك في الدين والتضامن بين الدائنين
من حيث المصدر : ونرى مما تقدم أن مصدر الاشتراك في الدين إما أن يكون سبق الاشتراك في المال وهذا وضع قانوني ، وإما أن يكون وحدة الصفقة وهذا وضع اتفاقى ، أى أن مصدر الدين المشترك هو القانون أو الاتفاق . أما التضامن بين الدائنين فقد رأينا أن مصدره يكون دائماً الاتفاق الصريح أو الضمنى ولا يكون القانون أبداً . ثم إن الاتفاق على التضامن غير الاتفاق على الاشتراك في الدين ، فالدائنون إذا اتفقوا على التضامن فيما بينهم يكونون قد

(١) فلا يكون الدين مشتركاً إذا تميز لكل من البائعين حصة من الثمن ، أو كان الثمن المستحق لأحدهما يختلف عن الثمن المستحق للآخر في ماهيته أو في صفته ، وذلك على اعتبار أن الثمن في الفقه الإسلامى قد لا يكون نقوداً (الأستاذ شفيق شحاته في النظرية العامة في الالتزامات في الشريعة الإسلامية فقرة ٢٩٦ والنصوص الفقهية المشار إليها) . وهذا على رأى أبى يوسف ومحمد وهو الرأى الراجح في المذهب الحنفى ، وينهض أبو حنيفة إلى جواز أن تكون الصفقة واحدة مع تعيين حصة من الثمن لكل من البائعين .

(٢) والمراد ألا يذكر حين البيع حصة كل شريك من الثمن لا من المبيع ... وقولهم مال مشترك قيد اتفاق ، إذ لو كان لكل منهما عين على حدة ، قباهاها صفقة واحدة من غير تفصيل ثمن نصيب كل واحد منهما ، كان الثمن أيضاً مشتركاً بينهما (شرح المجلة لسليم باز م ١٠٩٥ ص ٦١١) .

وثقوا علاقاتهم بعضهم ببعض أكثر مما وثقوها فيما إذا اتفقوا على الاشتراك في الدين . وسنرى أن الآثار التي تترتب على الاشتراك في الدين أقل مدى من تلك التي رأيناها تترتب على التضامن بين الدائنين .

المطلب الثاني

الآثار التي تترتب على الاشتراك في الدين

١٥٥ - المبادئ الرئيسية : يترتب على الاشتراك في الدين ضرب من التضامن بين الدائنين هو في مجلته أقل توثقاً من التضامن العادي الذي سبق بيانه . ويجب التمييز في هذا الصدد بين علاقة الدائنين بالمدين وعلاقة الدائنين بعضهم ببعض .

(أولاً) فن حيث علاقة الدائنين بالمدين : ينقسم الدين على الدائنين ، ولا يستطيع أى دائن منهم أن يرجع على المدين إلا بحصته في الدين ، يستوفى بأى طريق من طرق الاستيفاء ، أى يقضها بأى سبب من أسباب الانقضاء . وفي هذا يختلف الاشتراك في الدين عن التضامن بين الدائنين اختلافاً بينا ، فقد رأينا أن الدائن المتضامن يستطيع الرجوع على المدين بكل الدين ، بحصته وبحصص شركائه ، وهؤلاء يرجعون عليه بعد ذلك كل منهم بحصته . وبينما أن هذا هو موضع الضعف في التضامن ، فهو ضمان للمدين أكثر منه ضماناً للدائن ، إذ المدين تبرأ ذمته بدفع الدين كله لأحد الدائنين ، فإذا ما استوفى هذا كل الدين تعرض شركاؤه لخطر إفساره عند رجوعهم عليه بحصصهم .

وينبى على أن الدائن في الدين المشترك لا يرجع على المدين إلا بحصته أن كثيراً من مسائل التضامن في الحالات التي يتقضى فيها الالتزام التضامنى بسبب غير الوفاء ، كالمقاصة والتجديد واتحاد الذمة والإبراء والتقادم ، لا تعرض في الدين المشترك ، إذ الدائن في هذا الدين لا يستوفى إلا حصته ، فلا محل للتساؤل عما إذا كان الدائنون الآخرون يحتج عليهم بانقضاء الدين كله أو بمقدار حصة شريكهم فحسب . ثم إن النياية التبادلية لا محل لها في الدين المشترك ، فاللدائن في هذا الدين لا يقبض إلا حصته ، فلا محل للقول بأنه يمثل شركاءه في قبض

حصصهم . ونرى من ذلك أن كثيراً من الصعوبات التي تقوم في نظام التضامن لا وجود لها في نظام الدين المشترك ، وأن هذا النظام يفضل نظام التضامن من حيث علاقة الدائنين بالمدين .

(ثانياً) أما من حيث علاقة الدائنين بعضهم ببعض ، فهنا تتجلى ذاتية نظام الدين المشترك . وإذا كان هذا النظام لا يخرج كثيراً على القواعد العامة في ناحية علاقة الدائنين بالمدين ، فإنه في علاقة الدائنين بعضهم ببعض ينحرف كثيراً عن هذه القواعد وتبرز مقوماته الرئيسية ، بل هو يقرب في هذه الناحية من نظام تضامن الدائنين .

فالدائن إذا قبض حصته في الدين من المدين ، كان للدائنين الآخرين أن يشاركوه فيما قبض كل بنسبة حصته في الدين (١) . ثم يرجعون ، وهو معهم ،

(١) ويتساءل الأستاذ شفيق شحاته ، عند بحثه في الأساس القانوني لرجوع الدائنين الآخرين على الدائن الذي قبض حصته : « كيف يفسر أن القابض يقبض حصته دون غيرها من الحصص ، ويكون مع ذلك عرضة لرجوع باقي الدائنين عليه ؟ هل يقال إن القابض لم يقبض نصيبه حقيقة بل نصيباً شائعاً مملوكاً له ولشركائه ؟ لا يمكن قبول هذا التعليل ، لأن المقبوض لو كان مملوكاً للجميع لما أمكن القابض التصرف فيه كما رأينا . يضاف إلى ذلك أن القابض لا صفة له في حيازة المقبوض من الغير ، فهو ليس بوكيل ولا بمستودع . المقبوض هو إذن ملك القابض خاصة ، هل أن للدائن الشريك حقاً ثابتاً في الشيء المقبوض ، وبموجب هذا الحق يستحق هذا الدائن الشريك بعضاً مما قبض القابض ، ولو أنه لا يستطيع تتبع المقبوض بين يدي الغير فقد رأينا أنه لا يستطيع في حالة انتقال الملكية سوى المطالبة بتعويض . هذا الحق هو إذن حق شبه عيني ، فصاحبه ليس له حق ملكية ، بل حق في أن يملك : ولهذا الحق نظائر في الشرع (النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الإسلامية فقرة ٣٢١ — فقرة ٣٢٢ والنصوص الفقهية المشار إليها في الهوامش) .

ويبدو لنا أنه يمكن القول إن حصة كل دائن في الدين المشترك هي ملك الدائن خاصة في العلاقة بينه وبين المدين ، وهي مال مشترك — لأنها جزء من الدين المشترك — في علاقة الدائن بباقي الدائنين . ومن ثم يجوز لباقي الدائنين إن يطالبوا الدائن الذي قبض حصته بأنصبتهم في هذه الحصة إذ هي مال مشترك بينهم ، ولهم أن يرجعوا على المدين . فإذا ما استوفى كل من الدائنين على حصته اختص بها ، حتى في علاقة هؤلاء الدائنين بعضهم ببعض . وإذا تصرف الدائن في حصته التي قبضها من المدين لم يكن لباقي الدائنين تتبع هذه الحصة في يد الغير ، لأن الحصة إنما تعتبر مالا مشتركاً في علاقة الدائنين بعضهم ببعض ، لا في علاقتهم بالغير . هل أن أثر الاشتراك يمد ، حتى في هذه الحالة ، إذا أسرع المدين ، ويتجلى دائماً في علاقة الدائنين بعضهم ببعض ، فيرجع الدائنون الآخرون على الدائن الذي قبض حصته وتصرف فيها ليحملوه نصيبه من تبعة إصاار المدين .

على المدين بما بقي لم في ذمته . وللدائنين الآخرين أن يتركوا الدائن الذى قبض حصته ويتبعوا المدين بحصصهم ، فإذا كان المدين معسراً عند مطالبتهم إياه كان من حقهم أن يرجعوا على الدائن الذى قبض حصته ليحملوه نصيبه من التبعة عن إعسار المدين . وفي هذه القواعد يتمثل الضمان الذى ينطوى عليه نظام الدين المشترك . فكل دائن إذا قبض حصته لم يخلص له ، بل يبقى ضامناً للدائنين الآخرين حصصهم ويتحمل معهم تبعة إعسار المدين (١) . وللدائنين الآخرين

(١) ويستخلص الأستاذ شفيق شحاته الطبيعة القانونية للدين المشترك على الوجه الآتى :

« الدين المشترك قد ورد ذكره في النصوص على أنه ملك مشترك ، فهو إذن في نظر الفقهاء عبارة عن شيء ملوك للدائنين على الشيوع . ولكن قد لاحظ الفقهاء أنفسهم أن الدين ليس بشيء حسي بل هو مجرد معنى في الذهن ، ولما كان كذلك كان من المتعذر تصور انقسامه . لذلك قالوا بأنه لا ينقسم ، ونشأ من ذلك حق الرجوع . إلا أنهم قد لاحظوا من ناحية أخرى أنه إذا كان الدين لا يقبل الانقسام على أنه دين ، فهو يقبله على أنه مطالبة ، ونشأ عن ذلك جواز انفراد كل من الدائنين بالمطالبة بحصته منه . ولكننا قد رأينا عند الكلام على الأساس القانوني لحق الرجوع أن تصور الدين المشترك على هذا الشكل لا يتفق والحلول الناجية . أما الفكرة التي تستمد من الحلول فهي أن الدين المشترك ينقسم فيما بين الدائنين في الواقع . إلا أن انقسامه لا يكون مطلقاً فهو ينقسم انقساماً مقيداً بما شرعوه من حق الرجوع ، ذلك أن حق الرجوع يوجد بين الدائنين واطئة ذات طبيعة خاصة كما بينا . وإذا نظرنا إلى الدين المشترك نظرة عملية ، وجدنا أن هذه الرابطة التي أوجدتها حق الرجوع لا تبقى على الشيء الكثير من احتيار الالتزام منقسماً ، فهي تؤدي بالفعل إلى ضرورة اجتراح جميع الدائنين عند المطالبة ، ذلك أنه ما دام لم يجمع هؤلاء الدائنون لا تكون المطالبة أبداً مجدية » (النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الإسلامية فقرة ٣٢٣ - فقرة ٣٢٤) .

ونعود إلى القول بأن الدين المشترك هو دين منقسم على الدائنين في علاقتهم مع المدين ، وغير منقسم عليهم في علاقتهم بعضهم ببعض . وانقسامه على الدائنين في علاقتهم بالمدين هو الذى يجنب نظام الدين المشترك عيوب نظام التضامن بين الدائنين ، أما عدم انقسامه على الدائنين في علاقتهم بعضهم ببعض فهو الذى يحقق للنظام هدفه الأول وهو أن يكون ضماناً للدائنين . ويقول الأستاذ منير القاضي في محاضراته في القانون الملقى الرراق في معهد الدراسات العربية الدالية (سنة ١٩٥٣ ص ٦١ - ص ٦٢) : « والفكرة في هذا النوع من الدين مبنية عند فقهاء الشريعة على عدم قبول الدين للانقسام ، لأن الديون عندهم أوصاف في ذم المدينين والأوصاف لا تقبل الانقسام ، لما يقبضه كل واحد من الدائنين إنما يقبضه مالا مشتركاً . وحى مبنية في رأى من يعد الدين مالا يقبل القسمة .. على أن أحد الدائنين له حق المطالبة بحصته بناء على قبول الدين القسمة فهو يطالب بقسمه ، فإذا قبض حصته كان لشركائه الرجوع عليه بأنصباهم ما قبض لأن قسمة المشترك لا تم إلا برضاء الشركاء أو بحكم القضاء بالقسمة » -

في هذا وسيلتان : فاما أن يشاركوه في حصته التي قبضها ، وإما أن يرجعوا عليه بالضمآن إذا طالبوا المدين بحصصهم فوجدوه معسراً . وهذا مايسبغ على نظام الدين المشترك قوته من حيث هو ضمآن للدائنين . وهذا في الوقت ذاته موطن الضعف في هذا النظام ، فالدائن الذي يقبض حصته لا تخلص له الحصة كما قدمنا ، ولا يستطيع أن يطمئن إلى أنه قد استولى على حصته إلا بعد أن يستولى الدائنون الآخرون أيضاً على حصصهم .

ونظام تضامن الدائنين لا يبعد كثيراً عن هذا النظام . فقد رأينا أن الدائن المتضامن إذا قبض من المدين جزءاً من الدين ، حتى لو كان هذا الجزء معادلاً ل حصته على خلاف في الرأي ، جاز للدائنين الآخرين أن يشاركوه فيها قبض كل بنسبة حصته . ورأينا كذلك أن المدين إذا أعسر تحمل كل الدائنين تبعه هذا الإعسار . ففي هذه الأحكام يتلاقى نظام الدين المشترك مع نظام تضامن الدائنين .

١٥٦- مجوز الاتفاق على استبعاد الاشتراك في الدين : ومهما

يمكن من أمر الدين المشترك ، أو ما ينطوى عليه نظامه من مزايا وعيوب ، فانه يجوز أن يتفق ذوو الشأن على استبعاد هذا النظام . وقد نصت المادة ٣١٤ من التقنين المدني العراقي على أنه « ١ - في الدين المشترك يجوز الاتفاق فيما بين الشركاء على أن يكون لكل منهم الحق في قبض حصته من الدين ، من غير أن يكون لسائر الشركاء الرجوع عليه حتى لو توت حصصهم . ٢ - وفي هذه الحالة ينقسم الدين المشترك على الدائنين قسمة تامة ، ويختص كل منهم بحصته في الدين من غير أن يشاركه فيها غيره بوجه من الوجوه » .

ونظام الدين المشترك ، في حالة وحدة الصفقة ، ليس في حاجة إلى الاستبعاد ، لأن ذوي الشأن في هذه الحالة هم الدين أرادوا هذا النظام وعبروا عن هذه الإرادة من طريق وحدة الصفقة ، فإذا كانوا لا يريدونه فليس أسير عليهم من أن يتجنبوا طريقه . ولكن نظام الدين المشترك في حالة سبق الاشتراك في المال الذي

= فإذا لم يرض الشركاء بهذه القسمة التي تولاهم التناضض وحده بق ما قبضه مشتركاً بينهم ، وظل الباقي في ذمة المدين مشتركاً بينهم أيضاً ، وإذا رضوا بهذه القسمة سلمت له حصته التي قبضها » .

نشأ عنه الدين هو الذي يكون في حاجة إلى الاستبعاد، فإن النظام في هذه الحالة يكون مفروضاً على ذوى الشأن إلا إذا اتفقوا على استبعاده، كما تنص المادة ٣١٤ من التقنين المدني العراقي سالف الذكر .

والاستبعاد يكون باتفاق الدائنين فيما بينهم على أن يستقل كل دائن بحصته في الدين ، فإذا قبضها لم يشاركه فيها الدائنون الآخرون ، وتخلص له الحصّة حتى لو أعسر المدين بعد ذلك ، فلا يكون للدائنين حق الرجوع عليه لتحصيله نصيبه في هذا الإعسار . ومن ثم ينقسم الدين المشترك قسمة تامة على الدائنين ، ويصبح ديناً متعدد الأطراف (obligation conjointe) كل دائن له جزء من الدين يستقل به ولا يشاركه فيه الدائنون الآخرون بوجه من الوجوه . وقد لجأ التقنين المدني العراقي إلى هذه الوسيلة حتى يفتح الطريق أمام ذوى الشأن لتجنب عيوب نظام الدين المشترك إذا شاعوا ذلك (١) .

ونبحث الآن آثار الاشتراك في الدين : (١) من حيث علاقة الدائنين بالمدين (٢) ومن حيث علاقة الدائنين بعضهم ببعض وهي الناحية التي تبرز فيها مقومات الدين المشترك كما قلنا .

(١) والاتفاق مقدماً على استبعاد الاشتراك في الدين لا يقول به في الفقه الإسلامي إلا عدد قليل من الفقهاء، ولكن التقنين المدني العراقي اختار هذا القول لما فيه من مزية واضحة . ويقول الأستاذ منير القاسبي في هذا الصدد : « لم يجوز الفقه الحقن قسمة الدين ولا تملكه لغير من عليه الدين ، لأن الديون في نظريته أوصاف في ذمة المدين لا أموال ، والأوصاف لا تقبل القسمة ولا الانتقال من محالها ، فلا تقسم إذن ولا تملك ، وإنما تقسم أو تملك بعد تمثيلها في الأعيان المقبوضة منها . وهي نظرية لما دققها وقيمتها . وإنما جوزوا تملكها لمن عليه الدين لأن هذا التملك إبراء معني ، والإبراء يتضمن الإسقاط ، والأوصاف تقبل الإسقاط ... ولكن القانون العراقي ، وإن اقتبس الدين المشترك وأحكامه من هذا الفقه ، قد تجاوز تلك النظرية ومال إلى رأي من المذاهب الإسلامية الأخرى وغيرها أن الديون أموال لا أوصاف في الذمة فهي إذن تقبل القسمة ، فقرر في مادته ٣١٤ أن الدين المشترك يجوز الاتفاق فيما بين الشركاء فيه على أن يكون لكل منهم الحق في قبض حصته من الدين من غير أن يكون لسائر الشركاء الرجوع عليه حتى لو توت حصصهم . وفي هذه الحالة ينقسم الدين المشترك على الدائنين قسمة تامة ، ويختص كل منهم بحصته في الدين من غير أن يشاركه فيه غيره بوجه من الوجوه ، فيخرج الدين عن كونه مشتركاً (محاضرات في القانون المدني العراقي في معهد الدراسات العربية العالية ص ٦٤ — ص ٦٥) .

ومن أعلام الفقهاء الذين يقولون بجواز الاتفاق على استبعاد الاشتراك في الدين ابن القيم ، —

١٥ — العلاقة ما بين الدائنين والمدين في الدين المشترك

١٥٧ — المسائل الرئيسية : قلنا أن كل دائن في علاقته بالمدين

يطالبه بحصته في الدين وحدها ، فيستوفى بطريق من طرق الوفاء ، ومن ثم

— ويقول في هذا الصدد : « تجوز قسمة الدين المشترك بميراث أو عقد أو إلتلاف ، فينفرد كل من الشريكين بحصته ويختص بما قبضه ، سواء كان في ذمة واحدة أو في ذم متعددة . فإن الحق لما ، فيجوز أن يتفقا على قسمته أو يقاتله مشتركا ولا محذور في ذلك . بل هذا أولى بالجواز من قسمة المنافع بالمهاياة بالزمان أو بالمكان ، ولا سيما فإن المهاياة بالزمان تقتضى تقدم أحدهما على الآخر وقد تسلم المنفعة إلى نوبة الشريك وقد تنوى . والدین في الذمة يقوم مقام الدين ، ولهذا تصح المفاوضة عليه من الترم وغيره ، وتجب على صاحبه زكاته إذا تمكن من قبضه ، ويجب عليه الاتفاق على أهله وولده ورفيقه منه ، ولا يعد تقبيرا مبدأ ، فاقسامه يجري مجرى اقتسام الأعيان والمنافع . فإذا رضى كل من الشريكين أن يختص بما يخصه من الدين ، فينفرد هذا برجل يطالبه وهذا برجل يطالبه ، أو ينفرد هذا بالمطالبة بحصته وهذا بالمطالبة بحصته ، لم يندما بذلك قاعدة من قواعد الشريعة ولا استحلا ما حرم الله ولا خالفا نص كتاب الله ولا سنة رسوله ولا قول صاحب ولا قياسا شهد له الشرع بالاعتبار . وغاية ما يقدر عدم تكاليف الذم ووقوع التغاوت فيها ، وأن ما في الذمة لم يتعين فلا تمكن قسمته ، وهذا لا يمنع تراخيها بالقسمة مع التغاوت فإن الحق لا يندوهما ، وعدم تعين ما في الذمة لا يمنع القسمة فإنه يتعين تقديرا ، ويكتفى في إمكان القسمة للتعين بوجه فهو ممين تقديرا ويتعين بالقبض تحقيرا . وأما قول أبي الوفاء بن عقيل لا تختلف الرواية عن أحمد في عدم جواز قسمة الدين في الذمة الواحدة واختلفت الرواية عنه في جواز قسمته إذا كان في الذمتين فنه فيه روايتان ، وليس كذلك ، بل عنه في كل من الصورتين روايتان ، وليس في أصوله ما يمنع جواز القسمة كما ليس في أصول الشريعة ما يمنعها ، وعمل هذا فلا يحتاج إلى حيلة على الجواز . وأما من منع القسمة ، فقد تشدد الحاجة إليها ، فيحتاج إلى التحيل عليها . فالحيلة أن يأذن لشريكه أن يقبض من الترم ما يخصه ، فإذا فصل لم يكن لشريكه أن يخاصمه فيه بعد الإذن على الصحيح من المذهب كما صرح به الأصحاب . وكذلك لو قبض حصته ثم استهلكها قبل المحاسبة ، لم يضمن لشريكه شيئا ، وكان المقبوض من ضمانة خاصة ، وذلك أنه لما أذن لشريكه في قبض ما يخصه ، فقد أسقط حقه من المحاسبة ، فيختص الشريك بالمقبوض . وأما إذا استهلك الشريك ما قبضه ، فإنه لا يضمن لشريكه حصته منه قبل المحاسبة لأنه لم يدخل في ملكه ولم يتعين له بمجرد قبض الشريك له ، ولهذا لو روى شريكه نظيره لم يقل انتقل إلى القابض الأول ما كان ملكا للشريك ، فدل على أنه إنما يصير ملكا له بالمحاسبة لا بمجرد قبض الشريك . ومن الأصحاب من فرق بين كون الدين بمقد وبين كونه بإتلاف أو إرث ، ووجه الفرق أنه إذا كان بمقد فكانه عقد مع الشريكين فلكل منهما أن يطالب بما يخصه ، بخلاف دين الإرث والإتلاف وانه أعلم . (إعلام الموقعين جزء ٤ ص ١ — ص ٢) . وانظر أيضا الأستاذ حسن الذنون في أحكام لاتزام في القانون المدني العراقي ققرة ١٨٢ ص ١٧٥ — ص ١٧٦ .

ينقسم الدين على الدائنتين في علاقتهم بالمدين خلافاً للدين التضامني . ثم إن علاقة كل دائن بالمدين قد تنقضي بسبب من أسباب انقضاء الالتزام غير الوفاء . ولا تقوم بين الدائنتين المشتركين في الدين أية نيابة تبادلية ، لا فيما يضر ولا فيما ينفع . هذه هي المسائل الرئيسية الثلاث التي نتناولها بالبحث مسألة مسألة (١).

١٥٨ - الوفاء : لأي دائن أن يطالب المدين بحصته في المدين كما قدمنا ، ولا يستطيع أن يطالبه بأكثر من حصته ولو كان الدين كله مضموناً بتأمين شخصي أو عيني . كذلك يستطيع المدين أن يفي لأي دائن بحصته في الدين دون زيادة (٢) ، فتبرأ ذمته من هذه الحصة ، إلا إذا شارك فيها الدائنون الآخرون فعند ذلك يعود الدائن الذي قبض حصته فيطالب المدين بما نقص منها بعد هذه المشاركة . وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٣٠٤ من التقنين المدني العراقي على أنه « إذا كان الدين مشتركاً ، فلكل واحد من الشركاء أن يطلب حصته منه » (٣). وحصّة كل دائن في الدين تتحدد باتفاق بين الدائنتين ،

(١) وقد تكون حصة أحد الدائنتين مؤجلة ، وحصة ثان حالة ، وحصة ثالث معلقة على شرط . ولكن إذا نشأ الدين حالا في جميع حصصه ، فقد اختلف فيما إذا كان يجوز لدائن دون غيره أن يمنع حصته أجلاً : فعند أبي يوسف وعبد يهوز ، وعند أبي حنيفة لا يجوز لأن منع الأجل بالنسبة إلى حصة دائن يتعدى أثره حتّى إلى حصص الآخرين (انظر في هذه المسألة الأستاذ شفيق شحاته في النظرية العامة في الشريعة الإسلامية فقرة ٣٠٥) .

(٢) فلا يجوز للمدين أن يفي أحد الدائنتين كل الدين ، ولا تبرأ ذمته من حصص باقي الدائنتين بهذا الوفاء ، بل لولا أن يطالبوا المدين كل بحصته ، ويرجع المدين على القابض بما قبضه زيادة على حصته . جاء في البدائع (جزء ٦ ص ٧٠) : « من استوفى كل الدين المشترك بغير إذن شريكه ، كان لشريكه أن يرجع على الفريم بحصته ، ويرجع الفريم على القابض بما قبضه ، لأنه إنما سلم إليه بمملك ما في ذمته بما سلم ، ولم يملك ، فكان له أن يرجع » . بل أنه يجوز إذا قبض أحد الدائنتين كل الدين أن يرجع عليه شركاؤه كل بحصته ، فتبرأ ذمة المدين من الدين كله . جاء في البدائع (جزء ٦ ص ٧٠) : « إن أحد الشريكين إذا استوفى الدين المشترك كله كان لشريك الآخر أن يرجع عليه بنصيبه » .

(٣) ومن كانت حصته مؤجلة من الدائنتين لا يستطيع أن يطالب بها إلا عند حلول الأجل ، بل ولا يستطيع أن يرجع على من قبض من الدائنتين حصته الحالية إلا إذا انقضى أجل حصته . جاء في الميسوط الرضوي (جزء ٢١ ص ٣٨) : « والدليل على أن تأجيله يصادف بعض نصيب شريكه أن الآخر إذا قبض نصيبه ثم حل الأجل ، كان المؤخر أن يشاركه في المقبوض ، ويكون -

وقد يكون القانون هو الذى يحددها كما لو كان الدائنون ورثة فى مال شائع وباعوه صفقة واحدة فيكون الثمن ديناً مشتركاً بينهم كل له فيه نسبة حصته فى الأثر على الوجه الذى يحدده قانون الميراث . فإذا لم يوجد اتفاق أو نص فى القانون يحدد مقدار حصة كل دائن ، فالمفروض أن حصصهم متساوية .

وقد يستوفى الدائن حصته من كفيل أو محال عليه ، بأن يكون للمدين كفيل فيرجع عليه الدائن بحصته ، أو يحيل المدين الدائن بحصته على مدين آخر .

« ما بقى مشتركاً بينهما ، والباقي هو ما كان مؤجلاً » . وإذا كان الدين كله مؤجلاً ، فعجل المدين لأحد الدائنين حصته ، رجع الشركاء فى الدين على هذا الدائن دون أن ينتظروا حلول الأجل ، لأن الأجل قد سقط فى الحصة المجزأة بالنسبة إلى الدائنين جميعاً . وقد جاء فى البدائع (جزء ٧ ص ١٩٦) : « لو كان الدين فى الأصل منهما جميعاً مؤجلاً ، فأخذ أحدهما شيئاً قبل حل الأجل ، شاركه فيه صاحبه ، لأنه لما أخذ شيئاً قبل حل الأجل فقد سقط الأجل على قدر المقبوض وصار حالاً فصار المقبوض من النصيبين جميعاً ، فيشاركه فيه صاحبه كما فى الدين الحال » .

وإذا نشأ الدين المشترك حالاً ، ثم أراد أحد الدائنين أن يؤجل ، فلا يجوز على رأى أبى حنيفة ، كما قدمنا ، وقد نصت المادة ١١١٢ من المجلة على أنه « ليس لأحد الدائنين أن يؤجل الدين المشترك بلا إذن الآخر » . وقد جاء فى شرح سليم باز للمجلة (ص ٦١٧) : « لأنه إذا صح التأجيل فى المحتصين لصار تصرفاً فى حق شريكه بدون إذنه . وإن صح فى حصة المؤجل ، لأدى إلى قسمة الدين قبل قبضه ، وهذا لا يجوز . ومفاده أنه لو أجل الشريك حصته من الدين ، فلا يصح أيضاً لما فيه من قسمة الدين قبل قبضه . فبناء عليه لو أجل أحد الدائنين الدين المشترك كلاً أو بعضاً ، ثم قبض الشريك الآخر بعض الدين من المدين ، فالشريك الذى أجل أن يشاركه فيما قبض وإن لم يحل الأجل ، لأن الأجل باطل » . أما الصاحبان فقد رأينا أنهما يميزان أن يؤجل الدائن حصته دون حصة شريكه . وقد أخذ مرشد الحيران برأى الصاحبين ، ولكن قصره دون مرور على الميراث ، فنصت المادة ١٨٧ على أنه « إذا كان الدين المشترك موروثاً ، فلا يجوز لأحد الشريكين أن يؤجل حصة شريكه بلا إذن ، وله أن يؤجل حصته » . ثم نصت المادة ١٨٨ على أنه « إذا كان الدين المشترك واجباً بإدانة أحد الشريكين فى شركة عنان ، فلأن أجل الذى باشر الإدانة صح تأجيله فى جميع الدين ، وإن أجله الذى لم يباشر الإدانة فلا يصح تأجيله فى حصته ولا فى حصة شريكه بالأولوية . فإن كان الشريكان متفاوضين ، فأجله أجل الدين المشترك بينهما صح تأجيله » . ونصت المادة ١٨٩ على أنه « إذا كان الدين المشترك واجباً بعقد قرض ، فلا يجوز للشريك الذى باشر العقد ولا للشريك الآخر أن يؤجله ، وإن أجله أحدهما فلا يلزم تأجيله ولكل منهما اقتضاه حالاً » . والمادتان الأخيرتان إنما تعرضان لأحكام خاصة بالشركة وبالقرض لا بالدين المشترك فى ذاته (أنظر الأستاذ شفيق شحاته فى النظرية العامة للالتزامات فى الشريعة الإسلامية ص ٢٩٩) .

وتنص المادة ٣٠٦ من التقنين المدني العراقي في هذا الصدد على أنه « إذا أخذ أحد الشركاء من المدين كفيلاً بحصته في الدين المشترك ، أو أحاله المدين على آخر ، فالشركاء أن يشاركوه في المبلغ الذي يأخذه من الكفيل أو المحال عليه » . بل يجوز أن يستوفى الدائن حصته بأن يحيل هو شخصاً آخر بهذه الحصة على المدين ، والحالة هنا تكون حوالة حتى لا حوالة دين .

وللدائن كذلك أن يستوفى حصته في الدين عن طريق الوفاء بمقابل ، فيأخذ من المدين ما لا آخر بحصته ، يشتره أو يستأجره . وهذا ما تنص عليه المادتان ٣٠٧ و ٣٠٨ من التقنين المدني العراقي . فتنص المادة ٣٠٧ على أنه « إذا اشترى أحد الشركاء بحصته من الدين المشترك ما لا من المدين ، فشركاؤه يخبرون إن شاءوا ضمنوه ما أصاب حصصهم من ثمن ما اشتراه ، وإن شاءوا رجعوا بحصصهم على المدين » . وتنص المادة ٣٠٨ على أنه « إذا استأجر أحد الشركاء بحصته من الدين المشترك شيئاً ، صار قابضاً لحصته ، ولشركائه الخيار في قضيتها ما أصاب حصصهم وفي اتباع المدين » .

١٥٩ — انقضاء الدين بأسباب أخرى غير الوفاء : وقد ينقضى التزام المدين بحصة الدائن بسبب آخر غير الوفاء . فينقضى الالتزام بالتجديد ، بأن يتفق الدائن مع المدين على تجديد هذه الحصة في الدين بتغيير المحل أو السبب أو الدائن أو المدين . وينقضى الالتزام بالمقاصة بأن يثبت للمدين في ذمة الدائن ، قبل وجوب الدين المشترك أو بعده (م ٣١١ من التقنين المدني العراقي) ، دين مقابل نشأ عن عقد كأن يكفل الدائن للمدين مديناً للمدين ويرجع المدين عليه باعتباره كفيلاً (م ٣١٢ / عراقي) ، أو نشأ عن عمل غير مشروع كأن يتلف الدائن للمدين ما لا فيجب عليه التعويض (م ٣١٢ / عراقي) ، أو نشأ عن أى مصدر آخر ، وتوافرت شروط المقاصة القانونية ، فإن الدينين يتلاقيان قصاصاً فيقتضيان . وينقضى الالتزام باتحاد الذمة ، بأن يموت الدائن ويورثه المدين . وينقضى الالتزام بالإبراء أو بالهبة ، بأن يرى الدائن المدين من حصته في الدين أو يهبه إياها (م ٣١٣ عراقي) ، فينقضى الدين بالإبراء أو بالهبة . وينقضى الالتزام بالتقادم ، وقد تقادم حصة أحد الدائنين دون أن تقادم حصص الآخرين بأن يقطع الدائنون الآخرون التقادم ، دون أن

يقطعه الدائن الأول ، فتتقاضى حصة هذا الدائن بالتقادم دون أن تنقضى حصص الآخرين .
ويلاحظ أنه في أسباب الانقضاء المتقدمة الذكر لا ينقضى الدين كله كما قلنا ، وإنما تنقضى حصة أحد الدائنين ، فلا يعرض في هذه الحالات ما كان يعرض في صدد تضامن الدائنين من أن للمدين أن يحتج بمقدار حصة من قام به سبب الانقضاء . ذلك لأن أى دائن في الدين المشترك لا يطالب المدين إلا بحصته في الدين ، وليس بكل الدين كما في تضامن الدائنين ، فلا محل لأن يحتج المدين عليه بانقضاء حصة دائن آخر ما دام الدائن الأول لا يطالب إلا بحصته هو .
وسرى ، عند الكلام في علاقة الدائنين بعضهم ببعض ، كيف يرجع الدائنون الآخرون على الدائن الذى انقضت حصته بسبب غير الوفاء .

١٦٠ - عزم قيام النيابة التبادلية بين الرائيين : ثم إن الدائنين في الدين المشترك لا تقوم بينهم نيابة تبادلية كما تقوم في التضامن على ما قدمنا ، وذلك لا فيما يضر ولا فيما ينفع .
فاذا قطع أحد الدائنين التقادم على المدين : فانما يقطعه في حصته ، ولا ينقطع التقادم بالنسبة إلى حصص الآخرين . وكذلك إذا وقف التقادم بالنسبة إلى أحد الدائنين ، فانه لا يقف تبعاً لذلك بالنسبة إلى الآخرين .
وكل دائن مسئول وحده عن خطأه ، ولا يسأل عن خطأ الآخرين .
وإذا أعلن أحد الدائنين المدين أو قاضاه ، فانما يعذره أو يقاضيه في حصته وحدها ، ولا يتعدى أثر ذلك إلى حصص الدائنين الآخرين . وإذا أعلن المدين أحد الدائنين ، فلا يكون هذا إعتذاراً للباقيين .
وإذا صالح أحد الدائنين المدين فانما يصالحه على حصته وحدها ، ولا يضر هذا الصلح الدائنين الآخرين ولا ينفعهم .
وإذا أقر أحد الدائنين للمدين ، أو أقر المدين لأحد الدائنين ، فان الإقرار يقتصر أثره على المقر ، ولا يفيد الدائنين الآخرين ولا يضرهم (١) .

(١) وقد نقل الأستاذ شفيق شحاته عن محمد في الميسوط (ص ٣٨٥ / ١) : « قال أبو حنيفة إن أقر أحد الشريكين في هذا أن الدين كان إلى سنة وقال الآخر كان حالا ، فإن حصة الذى أقر بالأجل إلى ذلك الأجل ، وحصة الآخر حالة » (النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الإسلامية ص ٢٣٧ هامش رقم ٦٧) .

واليمين إذا وجهت من أحد الدائنين إلى المدين ، أو وجهت من المدين إلى أحد الدائنين ، فحلف من وجهت إليه اليمين أو نكل ، فإن أثر ذلك كله لا يتعدى إلى الدائنين الآخرين .

والحكم الصادر لمصلحة أحد الدائنين أو ضده لا يسرى في حق الدائنين الآخرين ، إلا إذا كان الدائنون ورثة فكل منهم يعتبر ممثلاً للآخرين (١) .

§ ٢ - علاقة الدائنين بعضهم ببعض في الدين المشترك

١٦١ - المسائل الرئيسية : قدمنا أن أياً من الدائنين إذا قبض

حصته من الدين المشترك أو استوفاه بأي سبب آخر ، كان للدائنين الآخرين أن يشاركوه فيها عينا ، أو أن يتبعوا المدين فإن كان معسراً رجعوا على الدائن الذي قبض حصته فحملوه نصيبه في أعسار المدين . فتكلم في حالة ما إذا شارك الدائنون الآخرون الدائن ، ثم في حالة ما إذا رجعوا عليه بنصيبه في إعسار المدين .

١٦٢ - مشاركة الدائنين المتقربين للمدين في حصته : تنص الفقرة

الثانية من المادة ٣٠٤ من التقنين المدني العراقي على ما يأتي : « فإذا قبض أحد الشركاء شيئاً من الدين المشترك ، فالشركاء الآخرون بالخيار ، إن شاعوا يشاركوه فيها قبض عينا ويتبعون هم والقابض المدين بما بقي لكل منهم في ذمته ، وإن شاعوا تركوا للقابض ما قبضه واتبعوا المدين بحصته » . ويتبين من هذا النص أنه إذا قبض أحد الدائنين من المدين شيئاً من الدين المشترك ، سواء كان ذلك بمقدار حصته أو بأقل أو بأكثر (٢) ، كان للدائنين الآخرين أن يشاركوه فيها قبضه عينا كل بنسبة حصته في الدين ، فلو فرضنا أن الدين المشترك

(١) قارن الأستاذ حسن الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ١٨٢ ص ١٧٤ .

(٢) وقد رأينا أنه إذا قبض أحد الدائنين كل الدين ، جاز لشركائه أن يرجعوا عليه كل حصته ، فتبرأ ذمة المدين من الدين كله (انظر آنفاً فقرة ١٥٨ في المداش) .

تسعة وأثنى عشر من الدائنين ثلاثة بمحض مساوية ، وقبض أحدهم من المدين حصته وهي ثلثمائة ، كان لكل من الدائنين الآخرين أن يشارك الدائن الأول فيما قبض فيأخذ منه مائة . وعند ذلك يكون كل من الثلاثة الدائنين قد استوفى من حصته مائة ، ويبقى له مائتان . فإذا فرض أن دائناً منهم استوفى بعد ذلك من المدين مائة وخمسين ، جاز لكل من الدائنين الآخرين أن يشارك هذا الدائن فيما قبض فيأخذ منه خمسين . وعند ذلك يكون كل من الثلاثة الدائنين قد استوفى من حصته مائة وخمسين ، ويبقى له مائة وخمسون . فإذا قبض أحدهم من المدين بعد ذلك مائة وخمسين ، جاز لكل من الآخرين أن يشاركه فيما قبض فيأخذ منه خمسين . وعند ذلك يكون كل من الثلاثة الدائنين قد استوفى من حصته مائتين ، ويبقى له مائة . وهكذا كلما قبض أحد الدائنين من المدين ما بقى من حصته أو جزءاً من ذلك ، جاز للدائنين الآخرين أن يشاركوا فيما قبض على النحو المتقدم الذكر ، حتى يستوفى كل من الثلاثة حصته بأكملها (١) .

وقد يقبض أحد الدائنين شيئاً من الدين المشترك ويتصرف فيه بالبيع أو الهبة أو غير ذلك من التصرفات أو يستهلكه ، فعند ذلك يكون للدائنين الآخرين - إذا اختاروا مشاركته - أن يرجعوا عليه بالضمان بنسبة حصة كل منهم على الوجه المتقدم الذكر . أما إذا كان المقبوض عيناً وتلفت في يد القابض بسبب أجنبي ، فإن القابض يعتبر مستوفياً لما قبضه ويحسب عليه من حصته ، ولا يكون للدائنين

(١) وإل هذا العيب في نظام الدين المشترك يشير الأستاذ شفيق شعاع فيقول : « هذا حل أن لنظرية الدين المشترك عيوباً ، إذ لا يتطابق الدائن طبقاً لهذه النظرية أن يحصل على حصته في الدين بصورة جدية في حال من الأحوال . فهو دائماً يظل مهدداً بحق الرجوع ولو قبض دون حقه » (النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الإسلامية فقرة ٣٢٥ ص ٢٧٥) . ثم يقول في آخر هامش رقم ١٤٧ ص ٢٧٥ : « ويلاحظ خصوصاً أن حق الرجوع من شأنه تكثير الدعاوى ، على أن تعاقب الدعاوى من الدائن الواحد لن يفي أبداً عن المطالبة المشتركة ، إذ يبقى دائماً رصيده لا تصل إليه إلا المطالبة المشتركة » .

على أن هذا العيب لم يزل منه نظام تضامن الدائنين ، فقد قلنا أن أحد الدائنين المتضامنين إذا قبض جزءاً من الدين شاركه الآخرون فيما قبض ، ثم إذا قبض جزءاً آخر شارك فيه ، وهكذا . ومهما يكن من أمر فإنه من الممكن في نظام الدين المشترك ، من الناحية العملية ، توفيق هذا العيب بأن ينزل الدائنون الآخرون من حقه في الرجوع على الدائن التي قبض حصته ، مع استيفاء حقه في تحميله نصيبه من إفسار المدين .

الآخرين رجوع عليه ، وإنما يطالبون المدين بحصصهم في الدين (١) . وتنص المادة ٣٠٥ من التقنين المدني العراقي في هذا الصدد على ما يأتي : ١ - إذا قبض أحد الشركاء حصته من الدين المشترك ، وأخرجها من يده بوجه من الوجوه أو استهلكها ، فللشركاء الآخرين أن يضمّنوه نصيبهم منها . ٢ - أما إذا تلفت في يده بلا تقصير منه ، فلا يضمن نصيب شركائه في المقبوض ويكون مستوفياً حقه . وما بقي من الدين بذمة المدين يكون للشركاء الآخرين .

وما قلناه من رجوع الدائنين على الدائن الذي قبض شيئاً من الدين المشترك يسرى أياً كانت كيفية استيفاء الدائن لما قبض ، فقد يقبض عن طريق وفاة المدين له للجزء الذي قبضه ، وقد يقبض عن طريق رجوعه على كفيل المدين أو من أحال عليه المدين الدين (م ٣٠٦ عراقي) .

أما إذا قبض أحد الدائنين مقابلاً لحصته ، فليس للدائنين الآخرين أن يشاركوه عيناً فيما قبض من المقابل ، بل كل ما لهم هو أن يرجعوا عليه بالضمان بنسبة حصته كل منهم . فإذا اشترى أحد الشركاء بحصته من الدين المشترك ما لا من المدين ، فشاركوه غيرهم ، إن شاعوا ضمّنوه ما أصاب حصصهم من ثمن ما اشتراه ، وإن شاعوا رجعوا بحصصهم على المدين ، وليس لهم أن يشاركوه في المال المشترى إلا إذا تراضوا على ذلك (م ٣٠٧ عراقي) . وإذا استأجر أحد الشركاء بحصته من الدين المشترك شيئاً ، صار قابضاً لحصته ، ولشركائه الخيار في تضمينه ما أصاب حصصهم أو اتباع المدين (م ٣٠٨ عراقي) .

وإذا صالح أحد الدائنين المدين عن حصته من الدين المشترك ، فإن كان بدل الصلح من جنس الدين ، فشاركوه إن شاء واشاركوه في المقبوض وإن شاعوا

(١) ويقول الأستاذ منير القاضى : « وإذا استهلك الشريك حصته من الدين بعد قبضها ، لا يقطع خيار بقية الشركاء بالرجوع عليه . ولكن لو هلك في يده فليس لهم خيار الرجوع عليه ، بل يعتبر المقبوض المالك من نصيب القابض وحده . وكان التماس أن يثبت لهم حق خيار الرجوع لأنه قبض مالا مشتركاً بينهم ، ولكن الاستحسان يميل إلى عدم الرجوع . وجه الاستحسان أنه لو صح لهم اختيار الرجوع عليه فاخترتوا الرجوع يكونون قد أجازوا قبضه ، فتكون حصصهم أمانة في يده ، فلا يستحقون عليه ضامناً بهلاك ما قبض لأن الأمين لا يضمن بلا تعد ، فكان الأوجه اعتبار المقبوض بعد هلاكه من حصة القابض » (محاضرات في القانون المدني العراقي لمعهد الدراسات العربية المالية ص ٦٣) .

اتبعوا المدين . وإن كان بدل الصلح من خلاف جنس الدين ، فالشركاء بالخيار أيضاً في اتباع المدين أو الشريك المصالح ، والشريك المصالح في حالة الرجوع عليه الخيار لإن شاء سلم إليهم نصيبهم في المقبوض (١) وإن شاء دفع إليهم نصيبهم في الدين (م ٣٠٩ عراقى) .

وإذا مات المدين وورثه أحد الدائنين (٢) ، فالدائنون الآخرون بطلابون تركة المدين كل منهم بمقدار حصته في الدين . فإن لم تف التركة بمحصولهم ، قسمت على الدائنين جميعاً وفهم الدائن الذى ورث المدين ، بنسبة حصة كل منهم (م ٣١٠ عراقى) (٣) . وبذلك يتحمل كل من الدائنين نصيبه في إعسار المدين كما سنرى .

وإذا استوفى أحد الدائنين حصته في الدين المشترك عن طريق المقاصة ، فإذا كان الدين المشترك قد ثبت في ذمة المدين قبل أن يثبت حقه في ذمة الدائن ، فإن الدائن يكون قد استوفى حصته من الدين عن طريق الحق الذى ثبت في ذمته

(١) وقد جاء في المبسوط للمرغنى (جز ٢١ ص ٤١) : « إن مبنى الصلح على الإغماط والتجوز يكون الحق ، فن حجة المصالح .. أن يقول إنما توصلت إلى نصيبى لأن تجوزت بدون حق ، فإن أردت أن تشاركنى بما تجوزت به لأدفع إليك نصف ما قبضت » .
(٢) أما إذا مات أحد الدائنين وورثه المدين فالأمر واضح ، ذلك بأن حصة الدائن المتوفى في الدين المشترك تكون قد انقضت باتحاد اللمة ، ويرجع الدائنون الآخرون كل بحصته على الدين ، ولا محل لمشاركتهم في الحصة التى انقضت فإن ذلك لا يكون إلا برجعهم على المدين على اعتبار أنه وارث الدائن ، ويستوى من الناحية العملية أن يرجعوا عليه بهذا الاعتبار أو يرجعوا عليه باعتباره مدينًا .

(٣) ولا تنفخى حصة الدائن الوارث باتحاد اللمة لأنه غير مسئول شخصياً من ديون التركة (الأستاذ شفيق شحاتة في النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الإسلامية ص ٢٣٤ هامش رقم ٦١ — الأستاذ حسن الفتون في أحكام الالتزام في القانون المدنى العراق فقرة ١٨٨) .
وجاء في البدائع (جز ٦ ص ٦٧) : « وذكر على بن الجهم من أبى يوسف أنه لو مات المطلوب وأحد الشريكين وارثه ، وترك مالا ليس فيه وفاء ، اشتركا بالمخصص ، لأن الدين يمنع انتقال الملك إلى الورثة لقوله تعالى من بعد وصية يوصى بها أو دين ، رتب الميراث على الدين فلم ينتقل الملك إلى الوارث ، فلا يسقط دينه ، وكان دين الوارث والأجنبي سواء » .
وهذا هو نص المادة ٣١٠ عراقى : « إذا مات المدين في دين مشترك ، وترك مالا ليس فيه وفاء للمدين ، وكان أحد الشركاء وارثاً له ، فجميع الشركاء يشتركون في المال الذى تركه المدين على حسب حصة كل منهم » .

للمدين ، وللدائتين الآخرين أن يشاركوه في هذا الحق الذي استوفى به دينه . ويستوى في ذلك أن يكون الحق الذي ثبت في ذمة الدائن للمدين مصدره عقد أو عمل غير مشروع أو أى مصدر آخر ، حتى إذا أئلف أحد الشركاء في دين مشترك مالا للمدين وتقاصا بحصته ضمناً فلشركائه أخذ نصيبهم منه (١) . أما إذا كان الدين المشترك قد ثبت في ذمة المدين بعد أن ثبت حقه في ذمة الدائن ، فيكون المدين هو الذى استوفى حقه من الدائن بحصة هذا الدائن في الدين المشترك ، وليس للدائتين الآخرين أن يرجعوا بمحصولهم على شريكهم (٢) .

(١) ويوجد في الفقه الإسلامى خلاف في جواز رجوع الشركاء على الشريك الذى سقطت حصته بالمقاصة في مقابلة دين وجب عليه بسبب عمل غير مشروع (انظر في هذه المسألة الأستاذ شفيق شحاته في النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الإسلامية ص ٢٥٠ - ٢٥١) والنصوص للفقهية المشار إليها في الحاشية . ولا نرى ، في التقنين المدنى العراقى ، التمييز في العمل غير المشروع بين الضرر الواقع على المال والضرر الواقع على النفس ، فإذا ثبت في ذمة الدائن للمدين دين من ضرر أوقعه الدائن على مال المدين أو نفسه ، فإن حصة الدائن في الدين المشترك تسقط قسماً بهذا الدين ، ويكون للدائنتين الآخرين الرجوع على هذا الدائن . ويذهب الأستاذ حسن الذنون إلى غير هذا الرأي إذ يقول : « رأى عنى أن النص العراقى للمادة ٣١٢ يشر بالتفرقة بين الضرر الواقع على النفس وفي هذه الحالة لا يجوز للدائن التناهي أن يرجع على الدائن الأول بشئ ، وبين الضرر الواقع على المال وفي هذه الحالة يجوز له الرجوع عليه . ذلك أن الفقرة الأولى من المادة السالفة تقضى بأنه إذا أئلف أحد الشركاء في دين مشترك مالا للمدين وتقاصا بحصته ضمناً فلشركائه أخذ نصيبهم منه . فالنص قاصر على جواز الرجوع في حالة ما إذا أئلف الدائن مالا للمدين . أما في حالة إئلاف النفس أو ما هو دون النفس ، فالنص ساكت عن بيان حكمه ، وإذن فلا متوخة من الرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامى وهو المصدر الذى اقتبست منه هذه النصوص . وبالرجوع إلى أحكام هذا الفقه نجد أن الفقهاء لا يميزون الرجوع في هذه الحالة ، أى في حالة إئلاف النفس أو ما هو دون النفس . وعنى أن هذه التفرقة متقدمة ، وكان الأجدر بالمرجع العراقى أن يميز الرجوع سواء أوقع الضرر على المال أم على النفس - انظر المبسوط ٢١ ص ٤٠ - فتح القدير ٧ ص ٤٠٦ - الزيلعي ٥ ص ٤٢ » (أحكام الالتزام في القانون المدنى العراقى فقرة ١٩٠ ص ١٨٠) - ونرى أن ذكر النص لائلاف الشريك مالا للمدين لم يقصد به الاقتصاد على حالة إئلاف المال دون إئلاف النفس ، بل إن النص بإشارته إلى إئلاف المال قد ذكر ما يقع غالباً في العمل ، فيقاس على إئلاف المال إئلاف النفس .

(٢) وقد جاء في البديع (جزء ٦ ص ٦٧) : « ولو كان يجب المطلوب على أحد الطالبين دين بسبب قبل أن يجب لها عليه الدين ، فصار ما عليه قسماً بما لأحد الطالبين ، فلا ضمان على الذى سقط عنه الدين لشريكه ، لأنه ما استوفى الدين بل قفى ديناً كان عليه ، إذ الأصل في الدينين إذا اتفقا فقسماً أن يصير الأول مقضياً بالثاني لأنه كان واجب القضاء قبل الثاني ، وإذا لم يكن مستوفياً للدين لم يكن له المشاركة إذ المشاركة تثبت في القدر المستوفى » .

كذلك إذا كان الدين المشترك قد ثبت في ذمة المدين قبل أن يثبت حقه في ذمة الدائن ، ولكن هذا الحق الذي ثبت في ذمة الدائن لم يكن له مقابل أخذه الدائن من المدين ، كأن كفل الدائن للمدين ديناً واجباً له على شخص آخر وصارت حصته قصاصاً بالدين الذي كفله ، فلا رجوع للدائنين الآخرين على شريكهم ، وإذا رجع الدائن على المكفول عنه وقبض منه مبلغ الضمان لم يكن لشركائه أن يشاركوه فيه (١). ومثل ذلك أيضاً ما إذا كان الدائن قد وهب حصته في الدين المشترك للمدين أو أبرأ ذمته منها ، فإنه لا يكون قد قبض شيئاً من المدين ، فلا رجوع لشركائه عليه . وهذه الأحكام نصت عليها المواد ٣١١ - ٣١٣ من القانون المدني العراقي . فنصت المادة ٣١١ على أنه :

١ - إذا كان للمدين في دين مشترك على أحد الشركاء دين خاص به ثابت له قبل وجوب الدين المشترك عليه حتى صار دينه قصاصاً به ، فليس للشركاء أن يرجعوا بشيء من حصصهم على هذا الشريك . ٢ - أما إذا حدث للمدين دين على أحد الشركاء وثبت له ذلك بعد وجوب الدين المشترك عليه وصار دينه قصاصاً به ، فلشركائه الحق في الرجوع عليه بحصصهم منه . ونصت المادة ٣١٢ على أنه ١ - إذا أئلف أحد الشركاء في دين مشترك مالا للمدين وتقاصا بحصته ضماناً ، فلشركائه أخذ نصيبهم منه . ٢ - أما إذا ضمن للمدين ديناً واجباً له على شخص آخر ، وصارت حصته قصاصاً بالدين الذي ضمنه ، فلا شيء لشركائه عليه . وإذا رجع على المكفول عنه وقبض منه مبلغ الضمان ، لم يكن لشركائه أن يشاركوه فيه . ونصت المادة ٣١٣ على أنه ١ - إذا وهب أحد الشركاء حصته من الدين المشترك للمدين أو أبرأ ذمته منها ، فهتبه وإبرأؤه صحيحان ، ولا يضمن نصيب شركائه فيها وهب أو أبرأ .

ويتبين من النصوص المتقدمة الذكر أن الدائن إما أن يقبض حقه من جنس الدين ، أو يقبض مقابلاً لحصته ، أو تبرأ ذمة المدين من حصته دون أن يقبض

(١) جاء في الفتاوى الهندية (جزء ٢ ص ٢٤٠) : « وفي المتن من أبي يوسف لو ضمن أحد الطالبين للمطلوب مالا عن رجل ، صارت حصته قصاصاً به ، ولا شيء لشريكه عليه . فإن اقتضى من المكفول عنه ذلك المال ، لم يكن لشريكه أن يرجع عليه أيضاً فيشاركه في ذلك ، كلها في المحيط » .

شيئاً . فإذا قبض حصته من جنس الدين ، سواء قبضها من المدين نفسه أو من كفيل أو من محال عليه أو صالح المدين عن حصته وكان بدل الصلح من جنس الدين ، فللدائنين أن يشاركوه عيناً فيما قبض . وإذا قبض الدائن مقابل حصته ، كأن اشترى أو استأجر بحصته مالا للمدين أو صالح عن حصته وكان بدل الصلح من خلاف جنس الدين ، ومثل ذلك أيضاً ما إذا قبض حصته من جنس الدين ولكنه تصرف فيها أو استهلكها ، فإن الدائنين الآخرين يرجعون عليه بضمان حصصهم إذ ليس في يده شيء من جنس الدين حتى يشاركوه فيه عيناً . وإذا برئت ذمة المدين من حصة الدائن دون أن يقبض هذا شيئاً ، كأن وفي الدائن ديناً عليه للمدين بحصته في الدين المشترك فانقضى الدينان قصاصاً أو انقضت حصته في الدين المشترك قصاصاً بدين مثله للمدين أو وهب حصته للمدين أو أبرأ ذمته منها ، ومثل ذلك أيضاً أن يقبض الدائن حصته فتتلف في يده بسبب أجنبي فيكون في حكم من لم يقبض شيئاً ، لم يرجع الدائنون الآخرون عليه بشيء ، فهم لا يشاركونه عيناً إذ لا شيء في يده من جنس الدين حتى تمكن المشاركة فيه ، ولا يرجعون عليه ضماناً إذ هو لم يقبض شيئاً يقبضه لشركائه ، ويعتبر الدائن قد استوفى حصته هو ، ولا يبقى لشركائه إلا أن يتبعوا المدين بحصصهم (١) .

(١) ونقل هنا ما جاء في البدائع (جزء ٦ ص ٦٧ - ص ٦٨) تأكيداً لما استخلصناه من هذه المجاميع : « ولو كان الدين بين شريكين على امرأة ، فتزوجها أحدهما على نصيبه من الدين ، فقد روى بشر بن أبي يوسف أن لشريكه أن يرجع عليه بنصف حقه من ذلك . وروى بشر عنه أيضاً أنه لا يرجع وهو رواية محمد بن أبي يوسف . وجه الرواية الأولى أن التكليف أوجب المهر في ذمته ، وله في ذمتها مثله ، فصار قصاصاً بدينه ، فصار كأنه قبض نصف الدين ، فكان له أن يرجع بنصف حقه ، كما لو اشترى منها ثوباً بنصيبه من الدين . وجه الرواية الأخرى أن من شرط وجوب الضمان عليه لشريكه أن يسلم له ما يحتمل المشاركة ، ولم يوجد ، فلا يقسم لشريكه ، كما لو أبرأها عن نصيبه . ولو استأجر أحد الشريكين الثمن بنصيبه ، فإن شريكه يرجع عليه في قولهم جميعاً ، لأن الأجرة في مقابلتها بدل مضمون بالعقد ، فأبى البيع ، وكذا الذي سلم له وهو المظنة قابل للشركة ، فكان له أن يقبضه . وروى بشر عن أبي يوسف أن أحد الطالبين إذا شج المطلوب موضحة عمداً ، فصالحه على حصته ، لا يلزمه شيء لشريكه ، لأنه لم يسلم له ما تمكن المشاركة فيه ، لأن الصلح عن جناية مد ليس في مقابلته بدل مضمون ، فلم يسلم ما تصح المشاركة فيه ، فلا يلزمه شيء . وأما إذا استهلك أحد الطالبين =

ويمكن أن نستخلص من المبادئ المتقدمة جلولا لمسائل لم يرد فيها نص .
من ذلك أن التقنين للمدنى العراقي قد أغفل النص على حالتي التجديد والتقدم .
ويمكن القول بأنه إذا انقضت حصّة أحد الدائنين في الدين المشترك عن طريق
التجديد ، فإن الدائن يكون قد قبض حصته ولكن من غير جنس الدين ،
فيرجع عليه شركاؤه بالضمان ، ويكون له الخيار إن شاء سلم إليهم أنصبتهم

== على المطلوب مالا ، فصارت قيمته قصاصاً بدنيته ، أو اقترض منه شيئاً يقدر نصيبه من الدين ،
فلشريكه أن يرجع عليه ، لأن قدر القرض وقيمة المستهلك صار قصاصاً بدنيته والاقتصار
استيفاء الدين من حيث المعنى ، فصار كأنه استوفى حقه . ولو كان وجب للمطلوب على أحد
الطالبين دين بسبب قبل أن يجب لها عليه الدين ، فصار ما عليه قصاصاً بما لأحد الطالبين ، فلا
ضمان على الذي سقط عنه الدين لشريكه ، لأنه ما استوفى دينه بل قضى ديناً كان عليه ، إذ الأصل
في الدينين إذا التقيا قصاصاً أن يصير الأول مقضياً بالثاني لأنه كان واجب القضاء قبل الثاني
وإذا لم يكن مستوفياً للدين لم يكن له المشاركة إذ المشاركة تثبت في القدر المستوفى . وذكر ابن
سماحة في نوادره عن محمد لو أن أحد الفرعين اللذين لها المال قتل عبد المطلوب فوجب عليه
القصاص ، فصالحه المطلوب على خميسة درهم ، كان ذلك جائزاً ، وبره من حصة القتال من
الدين ، وكان لشريك القتال أن يشركه فيأخذ منه نصف الخميسة ، وكذلك لو تزوج المرأة
الفرعية على خميسة مرسلة ، أو استأجر الفريم بخميسة مرسلة . فرق بين هذا وبين ما إذا صالح
على نفس الدين أو تزوج به ، ووجه للفرق أن العقد هنا ، وهو الصلح والتكليف ، وقع على
ما في اللمة ، وإنه يوجب المقاصة ، فكان استيفاء الدين معنى بمنزلة الاستيفاء حقيقة . بخلاف
الصلح على نفس الدين والتزوج به ، فإن العقد هناك ما وقع على ما في اللمة مطلقاً ، ألا ترى أن
العقد هناك أضيف إلى نفس الدين ، فلم تقع المقاصة ، ولم يسلم له أيضاً ما يحتمل الاشتراك
فيه ، فلا يرجع . وذكر على بن الجعد عن أبي يوسف أنه لو مات المطلوب وأحد الشريكين
وارثه ، وترك مالا ليس فيه وفاء ، اشتركا بالمخصص ، لأن الدين يمنع انتقال الملك إلى الورثة
لقولهم تعالى « من بعد وصية يوصي بها أو دين » ، رتب الميراث على الدين فلم ينتقل الملك إلى
الوارث ، فلا يسقط دينه ، وكان دين الوارث والأجنبي سواء . ولو أصلى المطلوب لأحدهما
رهناً بمحضته فهلك الرهن عنده ، فلشريكه أن يضمه ، لأن قبض الرهن قبض استيفاء ، وبهلاك
الرهن يصير مستوفياً للدين حكماً ، فكان كاستيفاء حقيقة . ولو غصب أحد الشريكين المطلوب
عبداً فأتى عنده ، فلشريكه أن يضمه ، لأنه صار ضماناً لقيمة العبد من وقت النصب فلك
المغصوب من ذلك الوقت بطريق الظهور والاستناد . ولو ذهبت إحدى منى العبد بأقعة سماوية
في ضمان الغاصب فرده ، لم يرجع شريكه عليه بشيء ، لأنه لم يسلم له ما تمكن المشاركة فيه
فيضمن لشريكه . وكذلك لعبد المرهون إذا ذهبت إحدى عينيه بأقعة سماوية . وكذا لو اشترى أحد
الشريكين من الفريم عبداً بيعاً فاسداً وقبضه ، فأتى في يده أو باعه أو أعتقه ، إنه يضمن لشريكه
كما يضمن في النصب . ولو ذهبت عينه بأقعة سماوية فرده ، لم يضمن لشريكه شيئاً ، ويجب
عليه من حصته من الدين خاصة .

في الدين الجديد الذي حل محل حصته وإن شاء دفع إليهم نصيبهم في الدين المشترك ، وهذا قياساً على الصلح إذا كان بدله من خلاف جنس الدين (انظر المادة ٣٠٩ عراقى) . وإذا انقضت حصة أحد الدائنين بالتقادم دون أن تنقضى حصص الدائنين الآخرين ، فإن الدائن لا يكون قد قبض شيئاً ، ومن ثم لا يرجع عليه شركاؤه بشيء ، ويتبعون المدين بحصصهم .

١٦٣ - رجوع الدائنين الآخرين على الراتب بنصيبه في إعسار

المربوع : وقد يختار الدائنون الآخرون ألا يشاركوا الدائن في حصته التي قبضها من الدين المشترك ، فيتركوها له ويتبعوا المدين بحصصهم . « فان اختاروا متابعة المدين - كما تقول الفقرة الثالثة من المادة ٣٠٤ من القانون المدني العراقي - فلا يرجعون على القابض بشيء ، إلا إذا توى نصيبهم ، فيرجعون عندئذ على القابض بحصصهم فيما قبضه ، ويأخذون منه مثل المقبوض لا عينه » . فإذا كان الدين ، كما ذكرنا في مثل سابق ، تسمة ، وكان الدائنون ثلاثة بحصص متساوية ، وقبض أحدهم حصته من الدين وهي ثلثته ، ولم يتجر الدائنان الآخران أن يشاركا الدائن الأول في هذه الحصة وتركها له ، طالب كل منهما المدين بحصته في الدين وهي ثلثته . فان استوفى كل منهما حصته انقضت الدين جميعاً ، وبرئت ذمة المدين نحو الدائنين الثلاثة ، وخلص للدائن الأول حصته التي قبضها كما خلس لكل من الدائنين الآخرين حصته . أما إذا كان المدين قد أعسر عند مطالبة الدائنين الآخرين له بحصصتهما في الدين المشترك ، تحمل الدائنون الثلاثة إعسار المدين كل بنسبة حصته ، ومن ثم يرجع الدائنان الآخران بالضمان على الدائن الأول الذي قبض ثلاثمائة ، فيأخذ كل منهما مائة من هذا الدائن - مثلاً لا عيناً لأنهما يرجعان بالضمان لا بالمشاركة في عين المقبوض - ويبقى للدائن مائة مثلهما . وإذا كان إعسار المدين إعساراً جزئياً بحيث أن الدائنين الآخرين لم يخلص لكل منهما إلا نصف حصته أى مائة وخمسون ، فإن الدائنين الثلاثة يتحملون هنا أيضاً إعسار المدين كل بنسبة حصته ، فيرجع الدائنان الآخران بالضمان على الدائن الأول الذي قبض ثلثمائة ، فيأخذ كل منهما خمسين من هذا الدائن ، ويكون كل من الدائنين الثلاثة قد خلس له من حصته في الدين مائتان بدلا من ثلثمائة بسبب إعسار المدين هذا الاعسار الجزئى .

ويستوى أن تنقضى حصة أحد الدائنين في الدين المشترك بطريق الوفاء أو بأى طريق آخر يستوفى به الدائن مقابلاً لحصته كالوفاء بمقابل والمقاصة والتجديد ، ففي جميع هذه الأحوال يرجع الدائنون الآخرون على هذا الدائن الذى استوفى حصته كاملة بنصيبه في إعسار المدين (١) .

وقد يقع أن شركاء الدائن الذى قبض حصته أو أخذ ما يقابلها ، عند رجوعهم عليه لتحمله نصيبه في إعسار المدين ، يحملونه هو أيضاً معسراً ، فلا مناص في هذه الحالة من أن يستقلوا هم دونه بتحمل إعسار المدين . ومثل ذلك ما إذا وجد الشركاء شريكهم معسراً عتلموا أرادوا مشاركته في حصته التى قبضها ، ثم لما طالبوا المدين بمحصوله وجدوه هو أيضاً معسراً ، فلا مناص من أن يتحملوا وحدهم ، هنا أيضاً ، إعسار المدين .

الفرع الثانى

التضامن بين المدينين

(Solidarité entre débiteurs — Solidarité passive)

١٦٤ — أهمية الموضوع لكثرة وقوعه في العمل : التضامن بين المدينين يقع كثيراً في الحياة العملية . وهو ، وإن كان يعتبر من الناحية النظرية ضعفاً استثنائياً إذ الأصل كما قلنا إذا تعدد المدينون ألا يكونوا متضامنين ، إلا أن الاستثناء من الناحية العملية قد طغى على الأصل ، وقلنا أن نجد دائناً له مدينون متعددون في التزام واحد ولا يشترط تضامنهم ، بل إن كثيراً ما تتولى نصوص القانون نفسه مهمة إنشاء هذا التضامن .

والواقع من الأمر أن التضامن بين المدينين يعتبر أقوى ضرب من ضروب الكفالة الشخصية . فالدائن إذا أخذ كفيلاً بحقه ، وكان الكفيل غير متضامن

(١) أما إذا انقضت حصة الدائن في الدين المشترك دون أن يقبض شيئاً ، كما إذا أبرأ المدين من حصته أو انقضت هذه الحصة بالتقادم ، فيبدو أن الدائن في هذه الحالة لا يحمل نصيباً في إعسار المدين ، فهو لم يأخذ مقابلاً في حصته حتى يشارك في تبعة الإعسار .

مع المدين ، كانت هذه هي المرتبة الدنيا من الكفالة الشخصية ، لأن الدائن لا يستطيع الرجوع على الكفيل إذا طلب الكفيل التجريد إلا بعد الرجوع على المدين . فإذا اشترط الدائن تضامن الكفيل مع المدين ، وصل إلى مرتبة أعلى من الكفالة الشخصية ، لأنه يستطيع أن يرجع ابتداء على الكفيل ، ولكن لا يزال التزام الكفيل تابعاً لالتزام المدين الأصلي ، وهذا يجر إلى نتائج تنزل بالكفيل في درجة المديونية عن الأصل . فإذا جعل الدائن الاثنين مدينين أصليين واشترط تضامهما ، وصل بذلك إلى المرتبة العليا من الكفالة الشخصية ، إذ يستطيع أن يرجع ابتداء على أيهما شاء مع تعادلهما في مرتبة المديونية ، فيصبح للدائن مدينان بدلاً من مدين واحد ، كل منهما ملتزم نحوه بالدين جميعه .

فبقدر ما رأينا لتضامن الدائنين من مضار نرى مزايا لتضامن المدينين ، وندرة التضامن بين الدائنين في العمل لا يعدلها إلا كثرة وقوع التضامن بين المدينين . على أن كلا من هذين النوعين من التضامن يقوم على أسس واحدة : وحدة الالتزام مع تعدد الروابط ، وكفالة متبادلة مصحوبة بمصلحة مشتركة ، تسوغ قيام وكالة هي أيضاً متبادلة ولكن فيما ينفع لا فيما يضر (١) . ومن ثم سنوحي في بحث التضامن بين المدينين نفس الخطوة التي اتبعناها في بحث التضامن بين الدائنين ، فتكلم : (١) في مصدر التضامن بين المدينين (٢) ثم في الآثار التي تترتب على هذا التضامن . ولكننا هنا سنكون أكثر إسهاباً وتفصيلاً ، لأهمية الموضوع وكثرة وقوعه في العمل كما قلنا .

المبحث الأول

مصدر التضامن بين المدينين

١٦٥ — التضامن بين المدينين مصدره الاتفاق أو نص في القانون :

وأبنا أن مصدر التضامن بين الدائنين هو الاتفاق ، ولا توجد حالة من هذا

(١) المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٩ —

النوع من التضامن يكون مصدرها القانون . أما التضامن بين المدينين ، فصدره إما الاتفاق وإما نص في القانون . وهناك كثير من حالات التضامن السلبى القانون هو الذى تولى بنفسه إنشاء التضامن فيها بين المدينين المتعديدين فى التزام واحد ، دون أن يكون لإرادة طرفى الالتزام دخل فى ذلك .

ولذلك تكون المادة ٢٧٩ من التقنين المدنى - وهى التى تقضى بأن « التضامن بين الدائنين أو المدينين لا يفترض ، وإنما يكون بناء على اتفاق أو نص فى القانون (١) » - أكثر انطباقاً على التضامن السلبى منها على التضامن الإيجابى ، ففى التضامن السلبى نجد أن المصدر حقاً هو الاتفاق أو نص القانون ، أما التضامن الإيجابى فلا مصدر له إلا الاتفاق ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

المطلب الأول

الاتفاق كمصدر للتضامن بين المدينين

١٦٦ - **الاتفاق على تضامى المدينين لا يفترضى : أكثر ما يقوم**
تضامن المدينين على اتفاق بينهم وبين الدائن ، عندما يكونون جميعاً ملتزمين

(١) سبق أن أوردنا تاريخ هذا النص عند الكلام فى التضامن بين الدائنين ، وذكرنا ما يقابله فى التقنين المدنى السابق وما يقابله فى التقنينات المدنية العربية الأخرى ، (انظر آنفاً فقرة ١٢٥ فى الهامش) . ولم يبق إلا أن نذكر هنا نصوص التقنين المدنى العراقى وتقنين الموجبات والقيود البنائية الخاصة بالتضامن السلبى :

التقنين المدنى العراقى م ٣٢٠ : التضامن بين المدينين لا يفترض ، وإنما يكون بناء على اتفاق أو نص فى القانون . (وهذا النص مطابق لنص المادة ٢٧٩ من التقنين المدنى المصرى فيما يخص التضامن السلبى) .

تقنين الموجبات والقيود البنائية م ٢٤ : إن التضامن بين المدينين لا يؤخذ بالاستنتاج ، بل يجب أن يستفاد صراحة من عقد إنشاء الموجب أو من القانون أو من مائة القضية . على أن التضامن يكون حيناً فى الموجبات المقودة بين التجار فى شئون تجارية ، إذا لم يتحصل العكس من عقد إنشاء الموجب أو القانون .

(والتقنين البنائى يتفق فى أحكامه مع التقنين المصرى ، ويزيد أن نص على التضامن فى المسائل التجارية ، فالتقنين البنائى أكثر توسعاً فى التضامن السلبى من سائر التقنينات المدنية العربية) .

بدين واحد ، فيشترط عليهم الدائن تضامنهم جميعاً في هذا الدين . ويصح أن يكون ذلك في العقد ذاته الذى أنشأ الدين ، أو بعد ذلك . فإذا باع شخص داره إلى ثلاثة ، جاز له أن يشترط في عقد البيع ذاته تضامن المشتريين الثلاثة في الوفاء بالثمن ، كما يجوز له أن يتفق معهم على هذا التضامن في عقد منفصل تال لعقد البيع (١) .

وسواء كان الاتفاق على التضامن واقعاً في العقد الذى أنشأ الدين أو كان تالياً له ، فانه لا يجوز افتراض وجود التضامن دون الاتفاق على ذلك اتفاقاً واضحاً لاشك فيه (٢) ، كما هي الحال في التضامن بين الدائنين فيما قدمنا . فلو أن البائع في المثل المتقدم باع الدار في الشيوخ الثلاثة على السواء صفقة واحدة ، دون أن يعين حصة كل واحد منهم في الدار أو في الثمن ، لم يجوز أن يستخلص من ذلك أن الثلاثة متضامنون في الوفاء بالثمن ، لأن التضامن لا يفترض ، ولوجب القول عند عدم تعيين حصة كل منهم أن الثلاثة متساوون في الحصص ، فلكل منهم ثلث الدار في الشيوخ ، وعلى كل منهم ثلث الثمن بعد انقسام الدين عليهم . فإذا أراد البائع أن يكونوا متضامين ، وجب عليه أن يشترط التضامن بينهم في وضوح لاخفاء فيه ، فان التضامن أمر خطير ، فإذا لم يشترطه الدائن في جلاء تام ، فسر العقد لمصلحة المدينين وكان الأصل هو عدم تضامنهم (٣) .

(١) ويصح أن يكون مصدر التضامن هو الوصية — وهي إرادة منفردة لا اتفاق — فيوصى المورث ببلغ من النقود لشخص ، ويجعل الورثة متضامين في أدائه للموصى له . وهذا ظاهر في القانون الفرنسى (بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٧٢ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٦٥) . أما في مصر فالتركة ، طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية ، مسئولة عن الوصية ، إذ الوصية مقدمة على الميراث ، فسواء اشترط الموصى تضامن الورثة في أداء الوصية أو لم يشترط ، فإن الموصى له يأخذ الوصية كاملة من التركة قبل الورثة ما دامت لا تخرج من الثلث .

(٢) مصر الوطنية ٢١ إبريل سنة ١٨٩١ الحقوق ٦ ص ٧٦ — استئناف مخطوط ١٠ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٦٦ — ١٥ يونيو سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٦٧ — ٦ ديسمبر سنة ١٩٣٢ م ٤٦ ص ٦٧ .

(٣) استئناف مخطوط ١٣ ديسمبر سنة ١٩٠٠ م ١٣ ص ٤١ — ٢٢ فبراير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١٨٦ — ٦ أبريل ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٣٧ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٩٤ مكررة (٢) — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٦٥ ص ٤٢١ — ص ٤٢٢ .

ولا يفهم هنا في التضامن بين المدينين ، كما لا يفهم هناك في التضامن بين الدائنين على الوجه الذى سبق بيانه ، أن التضامن لا بد أن يرد فيه شرط صريح ، بل يصح أن يكون الشرط ضمنياً (١) ، ولكن يجب أن يكون هذا الشرط الضمنى موجوداً فعلاً فلا يجوز افتراضه (٢) .

والشرط إذا كان صريحاً ليس من الضرورى أن يرد بلفظ « التضامن » ، بل يكفى أن تستعمل عبارة تفيد هذا المعنى ، كأن يشترط الدائن على المدينين أن يكون كل واحد منهم مسئولاً أمامه عن كل الدين ، أو أن له الرجوع على أى منهم بكل الدين ، أو أن جميع المدينين متكافلون في الدين جميعاً على وجه التساوى ، أو نحو ذلك من العبارات التى لا تدع شكاً في أنه قصد الاتفاق معهم على التضامن (٣) .

وقد يكون شرط التضامن ضمنياً كما قلنا . والشرط الضمنى غير الشرط المفترض ، فالتضامن لا يجوز أن يقوم على شرط مفترض ، ولكن يجوز أن يقوم على شرط ضمى . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا استخلصت محكمة الموضوع من اتفاق أربعة شركاء في إجارة على أن يكون الإيجار من الباطن بمعرفتهم جميعاً وتحصيل الأجرة بواسطة فلان وكيل اثنين منهم هما أخوان وباشراف الشريكين الآخرين ، وأن ترسل المبالغ المحصلة للمؤجر الأصيل خصماً من الأجرة ، وأن تحفظ جميع المستندات تحت يد واحد منهم (أحد الأخوين) ، وأن يكون لباقي الشركاء أن يأخذوا بياناً بما يجههم على أن يقدم الحساب في نهاية كل سنة ، إذا هي استخلصت من عبارات هذا الاتفاق على ضوء ما ذكرته من الاعتبارات والظروف القاتمة في الدعوى أن فلان المذكور لم يكن وكيلاً عن الشريكين الآخرين ، وأن الأخوين يجب لذلك اعتبارهما مسئولين قبلهما عن المبالغ التى حصلها هذا الوكيل ولو لم يكونا قد قبضاها منه ،

(١) استئناف وطنى ٧ أغسطس سنة ١٨٩٣ الحقوق ٧ ص ٢٠٣ .

(٢) استئناف مخطوط ٢٠ يناير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٣٠ .

(٣) استئناف مخطوط ١١ يناير سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٩٧ — ٣ مارس سنة ١٩١٠ م

٢٢ ص ١٧٩ — ٥ فبراير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٢٠٢ — ٦ مارس سنة ١٩٢٠ م ٤٢

ص ٣٣٥ — بيان ولا جارد ٨ نقرة ٨٠٩ ص ٥٩٥ وهامش رقم ٢ .

فإنها إنما تكون قد فصلت في مسألة موضوعية لا شأن لمحكمة النقض بها . ثم إذا هي استخلصت من عبارات الاتفاق ومن ظروف الدعوى أيضاً أن الأخوين إنما قصدا تظمين باقي الشركاء بأن يتحمل كل منهما المسؤولية المترتبة على ما يقع من هذا الوكيل ، فإن هذا الاستخلاص يكون سائفاً والحكم عليهما بالتضامن يكون في محله (١). وقضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه إذا تعهد شخصان بدين واحد ولدائن واحد وكان تعهد كل منهما بعقد على حدة ، كانا ملزمين بذلك الدين بالتضامن (٢). على أنه لا يكتفى لاستخلاص الشرط الضمني للتضامن أن تكون الظروف مرجحة له ، بل يجب أن تكون مؤكدة له لا تدع سبيلاً للشك فيه كما قدمنا . فقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الثابت من جميع ظروف الدعوى ووقائعها أن زيدا قد أدار الأقطان التي اشتراها بكر باذن شفيى صدر منه في حضرة أحد أبنائه (عمرو) مقابل أجر معين ، وأنه لما توفى بكر عند منتصف السنة الزراعية استمر زيد بتكليف من عمرو وحده في إدارتها لنهاية السنة ، ولم يقل عمرو إنه كان وكيلاً عن أخته الوارثتين الأخريين حين كلف زيدا بالاستمرار في إدارة الأقطان ، ولم تدع هاتان الأختان أنهما وكلتا أحاهما عنهما ، فلا يجوز اعتبار زيد وعمرو مسئولين بالتضامن عن نتيجة حساب إدارة الأقطان ، بل يسأل زيد وحده عن هذا الحساب قبل كل من الورثة (٣) .

-
- (١) نقض مدني ٢٩ أكتوبر سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٨٢ ص ٤٨٨ .
 (٢) استئناف وطني ٣ ديسمبر سنة ١٩٩٦ الحقوق ١٢ ص ١١ . وقضى أيضاً بأن تعهد كل مدعى بنفس الدين في التزام مستقل يستخلص منه التضامن (الحلة ٢١ فبراير سنة ١٩٣٣ الحامدة ١٣ رقم ٦٥٨ ص ١٣١٣) .
 (٣) نقض مدني ٣١ مارس سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٠٦ ص ٣١٥ . وقضى أيضاً بأنه إذا استدان شخصان مبلغاً بعقد واحد ، ورجع كل منهما عقاراً من ممتلكاته لسداد هذا الدين ، وخلا العقد من بيان حصة كل منهما وكيفية النفع ، فلا تضامن بينهما ، بل يكون على كل أداء نصف الدين إلا إذا اعترف أحدهما بأن نصيبه أكثر من النصف (بني سويف ٢٠ يناير سنة ١٩٠٩ المجموعة الرسمية ١٠ ص ٢٣٩) . ولا يكون هناك تضامن بين الطرفين دون اتفاق في الالتزام نحو السمسار في صفقة عقدها الطرفان بواسطته (استئناف مخطوط ١٦ مارس سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ١٦٨ — مصر الوطنية ٢٩ أكتوبر سنة ١٩٠٧ الحقوق ٢٣ ص ٣٦) .
 وانظر في قيام التضامن : استئناف مخطوط ١٣ مارس سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ١٨٥ —

وتترتب على عدم جواز افتراض التضامن ما يأتي : (١) على من يدعى قيام التضامن أن يثبت وجوده . (٢) عند الشك في قيام التضامن ، يعتبر التضامن غير قائم . (٣) الحكم الذي يقضى بتضامن المدينين ، دون أن يبين مصدر هذا التضامن ، وهل هو اتفاق أو نص في القانون ، وإذا كان اتفاقا هل هو اتفاق صريح أو اتفاق ضمني ، وإذا كان اتفاقاً ضمناً كيف استخلص قاضي الموضوع من عبارات التعاقد وظروفه وجوده الذي لا شك فيه ، يكون حكماً قاصراً يتعين نقضه (١) .

١٦٧ — إثبات الاتفاق مصدر التضامن : وشرط التضامن ، صريحاً كان أو ضمناً ، يجب إثباته ، وعلى الدائن الذي يدعى تضامن مدينه عبء هذا الإثبات (٢) .

= ٢٢ أبريل سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٣٤٢ — فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٥٥ — ٢٧ مايو سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٩٠ .

وانظر في عدم قيام التضامن : استئناف مخطوط ١٦ يناير سنة ١٨٨٩ م ١ ص ١٨١ — ٢٩ ديسمبر سنة ١٨٩٨ م ١١ ص ٧٤ — ١٤ فبراير سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ١٣٠ — ٢٢ مارس سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ١٧٣ — ٤ فبراير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٠٠ — ٥ يونيو سنة ١٩١٩ جازيت ١٠ — ٩ — ١ — ١١ يونيو سنة ١٩٢١ جازيت ١٢ — ٢٤ — ٤٠ — ١٢ يونيو سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٥٠٦ — ١١ مارس سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٢٥٧ — ١٠ يونيو سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٤٢٦ — ٣١ يناير سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ١٤٦ — ٢٧ فبراير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٦٩ — مصر الوطنية ١٦ مايو سنة ١٩١١ الحقوق ٢٧ ص ٤٥ .

وقد سبق أن ذكرنا أن المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى تقول في هذا الصدد : « ومن الأصول المقررة أن التضامن بنوعيه لا يفترض ، وليس يقصد بذلك إلى وجوب اشتراطه بصريح العبارة ، فقد تصرف إليه الإدارة ضمناً ، ولكن ينبغي أن تكون دلالة الاقتضاء في مثل هذه الحالة واضحة لا غفاه فيها . فإذا اكتنف الشك هذه الدلالة ، وجب أن يؤول لنفي التضامن لا لإثباته » (مجموعة الأعمال التشريعية ٣ ص ٥١ وانظر آنفاً فقرة ١٢٧) .

ويصح أن يستخلص من الظروف ووقائع الدعوى أن الطرفين إنما أرادا من ذكر التضامن أن يكون الملتزم كلياً لمدين أصل لا مديناً متساوياً معه ، كما يصح أن يستخلص أنه كفيل متضامن لا مدين متضامن (بودوى وبارد ٢ فقرة ١١٧٧ — فقرة ١١٧٨) .

(١) بلانول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٦٥ — نقص فرنسي أول ديسمبر سنة ١٩٠٨ واللوز ١٩٠٩ — ١ — ٤٢٠ — أول فبراير سنة ١٩٢١ دالوز ١٩٢٤ — ١ — ١٣٣ — أول يونيو سنة ١٩٣٨ سعيه ١٩٣٨ — ١ — ٢٥٣ .

(٢) وقد يقع عبء إثبات التضامن على أحد المدينين المتضامنين إذا دفع الدين كله للدائن =

ويثبت شرط التضامن طبقاً للقواعد العامة في الإثبات . فان كان الالتزام المدعى التضامن فيه بين المدنيين يزيد على عشرة جنهات ، لم يجوز إثباته إلا بالكتابة أو بما يقوم مقامها . فان وجد ميلاً ثبوت بالكتابة مثلاً ، جازت تكملة بالينة أو بالقرائن . وإذا كان الالتزام لا يزيد على عشرة جنهات ، جاز الإثبات في هذه الحالة بالينة أو بالقرائن .

ونرى من ذلك أن التضامن يجوز إثباته في بعض الأحوال بالقرائن . ولا يتعارض هذا مع القاعدة التي قلعتها من أن التضامن لا يفترض . فافتراض التضامن معناه أن وجود التضامن مجرد افتراض ، أما إثبات التضامن بالقرائن فعناه أن شرط التضامن موجود فعلاً وأن وجوده ثابت بالقرائن (١) .

١٦٨ — التضامن بين المدنيين في المسائل التجارية : والتضامن بين المدنيين لا يفترض في المسائل التجارية كما هو لا يفترض في المسائل المدنية ، وهذا على خلاف ما جرى عليه الفقه والقضاء في فرنسا من أن التضامن يفترض في المسائل التجارية دون المسائل المدنية .

هناك من الفقهاء الفرنسيين من يذهب إلى أن التضامن في القانون الفرنسي لا يفترض في المسائل التجارية ، فهي والمسائل المدنية سواء في ذلك ، وأبرز من قال بهذا الرأي لوران (٢) . ولكن الكثرة الغالبة من فقهاء فرنسا (٣) ، والقضاء الفرنسي معهم (٤) ، يذهبون جميعاً إلى أن التضامن يفترض في المسائل

= وأراد الرجوع إلى المدنيين الآخرين كل بنصيبه ، فأنكر عليه أحسن حق الرجوع ونرى وجود التضامن .

(١) هنك ٧ ققرة ٣٠٩ — بودي وبارد ٢ فقرة ١١٧٩ — بلانيول وريبير وجابول ٧ ققرة ١٠٦٦ .

(٢) لوران ١٧ ققرة ٢٨٥ .

(٣) بارتان على أوبري ورو ٤ فقرة ٢٩٨ مكررة ثالثاً هامش ٩ مكرر بودي وبارد ٢ فقرة ١١٧٥ — بلانيول وريبير وجابول ٧ فقرة ١٠٧٥ — بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٨٤٧ — كولان وكايتسان ٢ ص ٢٠٠ — ليون كان وريشو ٣ فقرة ٣٨ — تالير فقرة ١٠٥٤ — أسكارا فقرة ٥ — ريبير في القانون التجاري فقرة ٣٢٨ .

(٤) كان القضاء الفرنسي في مبدأ الأمر يقيم التضامن في المسائل التجارية على أساس افتراض =

التجارية على خلاف المسائل المدنية . فاذا اشترى تاجران صفقة تجارية واحدة دون أن يشترط عليهما البائع أن يكونا متضامنين ، فانهما مع ذلك يكونان متضامنين في أداء الثمن للبائع ، إلا إذا استبعدا التضامن بشرط خاص . فالأصل إذن في فرنسا قيام التضامن في المسائل التجارية ما لم ينص للمتعاقدان على استبعاده ، ويبررون ذلك بأن التقاليد منذ عهد القانون الفرنسي القديم قد استقرت على افتراض التضامن في المسائل التجارية ، نزولا على مقتضيات الائتمان التجارى وما يستتبع ذلك من توفير أسباب الثقة بالتجار ، فيحصلون من وراء هذه الثقة على الضمان الكافى (١) .

= قيام شركة تجارية بين المدينين المتضامنين ، فكان يقضى بقيام التضامن بين تجار اشعروا شيئا مشتركا ، أو بين موكل ووكيله من أعمال تجارية قام بها الوكيل مع الغير ، أو بين شركاء في شركة عماسة تعاملوا مع الغير ، أو لوجود شركة واقعية بين شركتين أو وجود مال مشترك في الظاهر بين هاتين الشركتين (انظر الأحكام المشار إليها في هذا الصدد في بلانيول وريبير وجابولده ٧ فقرة ١٠٧٥ ص ٤٣٩ الموامش رقم ٣ إلى رقم ٨) . وكان يقيم التضامن في الالتزامات الناشئة عن العمل غير المشروع على أساس الخطأ المشترك . أما في الالتزامات الناشئة عن الإجراء بلا سبب فكان لا يقضى بالتضامن فيها ، بل كان لا يقضى بافترض تضامن الكفيل مع المدين الأصل في المسائل التجارية إذ كان يعطى الكفيل حق التجريد — ولكن محكمة النقض الفرنسية أزلت كل هذه القيود ، وأصبحت تقضى في عبارة عامة بقيام التضامن في المسائل التجارية ، لأن هذا ما تقتضيه مصلحة الدائن والمدين معا تقوية للائتمان التجارى ، وذلك ما لم يستبعد التضامن باتفاق صريح أو ضمني يستظهره قاضى الموضوع (بلانيول وريبير وجابولده ٧ فقرة ١٠٧٥ ص ٤٣٩ — ص ٤٤١) .

(١) بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٧٥ ص ٢٩٢ — ويتابع بودرى وبارد (ص ٢٩٢ — ص ٢٩٤) إيراد أقوال فقهاء القانون الفرنسي القديم التى تثبت أن السرف التجارى كان يقضى بقيام التضامن بين التجار في المسائل التجارية ، ويوردان كذلك الأعمال التحضيرية للتقنين المدقق الفرنسي التى تؤيد هذا المعنى .

وتنص المادة ٢٤ من تقنين الموجبات والقيود البيناني صراحة على قيام التضامن في المسائل التجارية ، فتقول : « على أن التضامن يكون حتما في الموجبات المعقودة بين التجار في شؤون تجارية إذا لم يحصل العكس من عقد إنشاء الموجب أو من القانون » .

أما التقنين المدقق الألماني فيلجأ إلى مدى أبعد من ذلك ، فهو يفترض قيام التضامن حتى في الالتزامات المدنية التى يكون مصدرها العقد (م ٢٧٧ من هذا التقنين) ، فمع هذا النص الحكم الذى كان واردا في المادة ٢٨٠ من التقنين التجارى الألماني القديم . على أن التقنين المدقق الألماني يضيّق من جهة أخرى من الآثار التى ترتب على التضامن ، ولا يتوسع فيها توسع التقنينات اللاتينية (بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٧٦) .

ولا يزال هناك خلاف بين الفقهاء الفرنسيين (١) هل التضامن في العقود التجارية مصلره العرف التجاري القديم فيقوم التضامن لمجرد أن العقد تجارى (٢) ، أو أن هذا التضامن إنما هو تفسير لنية المتعاقدين ، فإذا انضج من الظروف وجوب استبعاد هذه النية لم يكن هناك محل لقيام التضامن ، كما إذا أمنت شركتان للتأمين شيئاً واحداً وتعهدت كل منهما أن تؤمن نصفه فلا محل لافتراض أن نيتهما انصرفت إلى قيام التضامن بينهما (٣) .

ولا يقتصر الأمر في فرنسا على افتراض التضامن في العقود التجارية ، بل هناك من الفقهاء من يتوسع فيه فيمده إلى كل التزام تجارى ، أي أكان مصلره عقد أو عمل غير مشروع أو إرأء بلا سبب ، فإن هذا التوسع هو الذى تقتضيه حاجات الائتمان التجارى (٤) . على أن التضامن عن العمل غير المشروع مقرر في فرنسا كقاعدة تقليدية لا في المسائل التجارية فحسب ، بل أيضاً في المسائل المدنية . وقد سائر القضاء الفرنسى هذه الزعة في التوسع (٥) ، وظهر ذلك بنوع خاص في توسعه في تقرير التضامن بين أعضاء مجالس إدارة الشركات (٦) .

أما في مصر فقد كان الرأى الغالب فى الفقه والقضاء فى عهد التقنين المدنى

(١) انظر بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٧٥ ص ٤٤١ .

(٢) حامل (Hamel) في تعليقه على حكم محكمة النقض الفرنسية في ٢٠ أكتوبر سنة ١٩٢٠ سيرة ١٩٢٢ — ١ — ٢٠٣ — دراكيديس (Drakides) ص ٥٥ وما بعدها .

(٣) ريبير في القانون التجارى فقرة ٣٢٨ وفي القانون البحرى فقرة ٢٤١٢ — بلانيول وريبير وبولانجي ٢ فقرة ١٨٥٣ .

(٤) حامل (Hamel) في المرجع السابق الإشارة إليه في سيرة ١٩٢٢ — ١ — ٢٠١ — قارن دى باج ٣ فقرة ٣٢٨ .

(٥) انظر أمثلة لتوسع القضاء الفرنسى في بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٧٥ ص ٤٤٢ — أما التضامن بين الدائنين فإنه لا يفترض ، لا في مصر ولا في فرنسا ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك (انظر آنفاً فقرة ١٢٧) .

(٦) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٧٥ ص ٤٤٣ — ص ٤٤٤ . حل أن محكمة النقض الفرنسية قضت حينئذ بأن الشركاء في خطأ مشترك ، وإن كان يجوز الحكم على كل منهم بتعويض كل الضرر الناتج عن هذا الخطأ ، إلا أنهم لا يكونون متضامنين (نقض فرنسى ١٠ مايو سنة ١٩٢٨ J. S. ١٩٥٠ ص ٩٢) .

السابق هو أن التضامن لا يفترض حتى في المسائل التجارية (١). ولا نرى أن التقنين المدني الجديد قد استحدث جديداً في هذا الصدد ، فلا تزال القاعدة التي تقضي بأن التضامن لا يفترض دون تمييز بين المسائل المدنية والمسائل التجارية موجودة في التقنين الجديد كما كانت موجودة في التقنين القديم ، ولا يزال التقنين التجاري قائماً كما هو ينص في حالات خاصة على التضامن ، مما يستخلص منه مفهوم المخالفة أن التضامن لا يقوم في غير هذه الحالات المنصوص عليها ، وإلا لما عني التقنين التجاري بالنص على حالات معينة يقوم فيها التضامن إذا كان من شأن التضامن أن يقوم في جميع المسائل التجارية من غير استثناء (٢).

ومن ثم لا يفترض في مصر قيام التضامن بين التجار ، لا في العقود التجارية ولا في الالتزامات التجارية ما بين التجار التي يكون مصدرها الإجراء بلا سبب.

(١) وقد كتبنا في الموجز في هذا الصدد ما يأتي : « والقاعدة التي تقضي بأن التضامن لا يفترض صحيحة في المسائل التجارية صحتها في المسائل المدنية ، وإن كان كثير من الفقهاء في فرنسا يذهبون إلى أن التضامن يفترض في المسائل التجارية بحكم العرف والمعادن ، وجاراهم في ذلك أعيراً محكمة النقض الفرنسية . أما في مصر فتزعم القضاء تنجيه إلى عدم اقتراض التضامن حتى في المسائل التجارية » (الموجز للمؤلف فقرة ٥٠٤ ص ٥١١) . انظر أيضاً في هذا المعنى الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٧٠٣ . وانظر : استئناف مخطط ٢٨ يناير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١٠٦ — ١١ يناير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ١٠٩ — وقضت محكمة المنشية الوطنية بأن التضامن لا يفترض ، ولا بد من نص صريح في القانون أو الاتفاق ، ولم يرد في القانون التجاري ما يخالف ذلك ، ولذا اختلف فيما إذا كانت المسائل التجارية تخرج عن هذا الحكم ، فذهب رأى إلى أنها والمسائل المدنية سواء ، وذهب آخرون إلى خلاف ذلك . على أن الرأي القائل بعدم سريان المادة ١٠٨ مدني على المسائل التجارية لا يفيد أكثر من التسامح في استنباط الدليل على قيام رابطة التضامن أو تقرير قرينة مبدئية لمصلحة الدائن ، وهو دليل يحتمل الجدل وقرينة يصح نقضها بطرود الحال كافة (٩ إبريل سنة ١٩٣١ الجريدة القضائية ١١٤ ص ١٧) . ومع ذلك قارن أبيير فاضل والدكتور كامل أمين ملش في القانون التجاري المصري فقرة ١٢٠ ص ٦٨ وقرة ٦٦٢ ص ٣٥٢ — استئناف مخطط ١١ نوفمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ١٨ — ١٤ مارس سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٢٩٣ .

(٢) ويذهب الأستاذ إساعيل غانم إلى عكس هذا الرأي فيقول باقتراض التضامن في المسائل التجارية ، ويعمل اقتصار التقنين التجاري على حالات معينة نص فيها على قيام التضامن بأنها حالات ضي بها الشارع عناية خاصة لأهميتها (أحكام الالتزام فقرة ١٩٥ ص ٢٧٦) . وانظر من هذا الرأي العكسي الأستاذ حسن الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ٢٠١ — وقارن الأستاذ عبد الحى حجازي ص ٢٢٧ .

ولأنما يقوم التضامن بين التجار في الحالات التي ورد فيها نص في القانون ، وقد وردت نصوص مختلفة بهذا المعنى في التقنين التجاري منذ ذكر أهمها فيما يلي . كذلك يقوم التضامن في الالتزامات المدنية والتجارية على السواء التي يكون مصدرها عملاً غير مشروع ، وتقضى بذلك المادة ١٦٩ مدني كما سيأتي ، ويسرى هذا الحكم بوجه خاص على المسؤولية التقصيرية لأعضاء مجالس إدارة الشركات (١) .

وفيما عدا الحالات التي ورد فيها نص في القانون يقضى بالتضامن ، لا يقوم التضامن بين التجار في مصر ، كما قدمنا ، دون شرط يقضى به . على أن هذا الشرط الذي يقضى بالتضامن يمكن استخلاصه في المسائل التجارية بأيسر مما يستخلص في المسائل المدنية ، وذلك لسببين : (أولاً) إذا أراد الدائن إثبات شرط التضامن في المسائل التجارية ، فإن جميع طرق الإثبات تكون مفتوحة أمامه ، فيستطيع أن يثبت بالبينة ، بل بالقرائن وحدها ، ولو زادت قيمة الالتزام على عشرة جنيهات ، وذلك وفقاً للقواعد العامة للإثبات في المواد التجارية . (ثانياً) وعندنا يريد الدائن أن يثبت شرط التضامن عن طريق القرائن ، فنأهم هذه القرائن أن يكون الالتزام قائماً بين التجار في مسألة تجارية ، فإن هذا وحده يمكن اعتباره قرينة هامة ، إذا عززتها قرائن أخرى أمكن قاضي الموضوع أن يستخلص قيام التضامن في المسائل التجارية في كثير من اليسر .

(١) ذلك أن وكالة مجلس إدارة الشركة المساهمة هي وكالة قانونية لا اتفاقية ، ومن ثم تكون مسؤولية أعضاء مجلس الإدارة أمام الشركة والمساهمين والغير مسؤولية تقصيرية ، فيكون جميع أعضاء مجلس الإدارة متضامين في هذه المسؤولية (م ١٦٩ مدني) . على أن المسؤولية تكون فردية إذا قام أحد الأعضاء بمفرده بعمل ضار بالشركة أو بالغير ، دون أن يشترك معه الآخرون في هذا الخطأ ، ودون أن يقصروا في واجبهم من الرقابة (انظر رسالة الدكتور مصطفى كمال وصفي في المسؤولية المدنية لأعضاء مجالس الإدارة في شركات المساهمة - القاهرة سنة ١٩٥١ ص ٣٦ — ص ٤٠) .

المطلب الثاني

نص القانون كمصدر للتضامن بين الدينين

١٦٩ - نصوص متأثرة في التقنيات والتشريعات المختلفة : وليس

الاتفاق وحده هو مصدر التضامن السلبى ، بل كثيراً ما يقوم التضامن بين الدينين بموجب نص فى القانون كما قدمنا . وإذا قام التضامن على نص فى القانون لم يجوز أن يقاس عليه غيره ، فان أحوال التضامن القانونى مذكورة على سبيل الحصر (١).

والنصوص التى تقم التضامن السلبى كثيرة متأثرة فى نواحى التقنيات والتشريعات المختلفة . وأهم هذه النصوص نجدها فى التقنين المدنى والتقنين التجارى والتقنين الجنائى وتقنين المرافعات . ونورد طائفة منها على سبيل التمثيل .

ففى التقنين المدنى نجد المادة ١٦٩ الخاصة بالتضامن فى المسئولية عن العمل غير المشروع ، والمادة ١٩٢ الخاصة بتضامن الفضولين إذا تعددوا ، والمادة ٦٥١ الخاصة بتضامن المهندس والمقاول فى مسئوليتهما عن تهمد البناء ، والمادة ٧٠٧ الخاصة بتضامن الوكلاء إذا تعددوا ، والمادة ٧٠٨ الخاصة بتضامن الوكيل مع نائبه ، والمادة ٧١٢ الخاصة بتضامن الموكلين إذا تعددوا ، والمادة ٧٩٥ الخاصة بتضامن الكفلاء فى الكفالة القضائية وفى الكفالة القانونية .

وفى التقنين التجارى نجد المواد ٢٢ و ٢٣ و ٢٩ و ٣٠ وهى خاصة بتضامن الشركاء فى شركة التضامن وفى شركة التوصية ، والمادة ٥٧ وهى خاصة بتضامن مبرى الشركة المساهمة ، والمواد ١١٧ و ١١٩ و ١٣٧ وهى خاصة بتضامن الساحب للكبيالة والخميل والكفيل ، والمادة ٢٥٤ وهى خاصة بتضامن وكلاء التفليسة عند التعدد . وفى التقنين البحرى نجد المادة ٢٣ وهى خاصة بتضامن الكفيل مع من رسا عليه مزااد السفينة .

(١) الموجز لولف فقرة ٥٠٥ ص ٥١١ .

وفى تقنين المرافعات نجد المادة ٣٥٧ وهى خاصة بالتضامن فى مصروفات الدعوى .

وفى التقنين الجنائى نجد المادة ٤٤ وهى خاصة بالتضامن فى الغرامات النسيئة .

ونكتفى بهذا القدر من النصوص . ويمكن تقسيم الالتزامات التضامنية التى تشتمل عليها إلى التزامات مدنية والالتزامات تجارية ، ثم ترتيب الالتزامات المدنية بحسب مصدرها فهنا ما هو مصدره العقد ، ومنها ما هو مصدره العمل غير المشروع ، ومنها ما هو مصدره الإثراء بلا سبب ، ومنها ما هو مصدره القانون (١) . ونقول كلمة عن كل منها بهذا الترتيب ، ونقتصر فى هذه الكلمة على إبراز فكرة التضامن ، أما النص من ناحية موضوعه فيشرح فى مكانه .

١٧٠ — التزامات صرئية مصدرها العقد : هذه هى الالتزامات الناشئة من عقد المعاولة ومن عقد الوكالة .

فى عقد المعاولة تنص المادة ٢٥١/٢ على ما يأتى : « (١) يضمن المهندس المعماري والمقاول متضامنين ما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلي أو جزئي فيما شيدوه من مباني أو أقاموه منشآت ثابتة أخرى ، وذلك ولو كان الهدم ناشئاً عن عيب فى الأرض ذاتها أو كان رب العمل قد أجاز إقامة المنشآت المعنية ، ما لم يكن المتعاقدان فى هذه الحالة قد أرادا أن تبقى هذه المنشآت مدة أقل من عشر سنوات . (٢) ويشمل الضمان المنصوص عليه فى الفقرة السابقة ما يوجد فى المباني والمنشآت من عيوب يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته . وظاهر أن مسئولية كل من المهندس المعماري والمقاول نحو رب العمل عن سلامة البناء إنما هى مسئولية تعاقدية نشأت من عقد المعاولة ذاته . ولما كان التضامن فى الالتزامات التعاقدية — ومنها المسئولية التعاقدية ذاتها — لا يفترض كما سبق

(١) هذا ويلاحظ أن الالتزامات المدنية التى يقيم فيها القانون التضامن بنص فى التقنين المدنى لا يقتصر التضامن فيها على ما كان مدنياً منها ، بل يشمل أيضاً — ومن باب أولى — ما كان منها تجارياً وأياً كان مصدره : العقد أو العمل غير المشروع أو الإثراء بلا سبب أو القانون .

القول ، فكان لابد من شرط في عقد المقاولة أو نص في القانون ليقم التضامن بين المهندس المعارى والمقاول في هذه المسئولية ، فوجد النص المتقدم الذكر وهو يعنى عن الشرط . ومن ثم يكون للمهندس المعارى والمقاول متضامنين في المسئولية نحو رب العمل عن سلامة البناء حتى لو لم يوجد شرط يقضى بالتضامن في عقد المقاولة ، فنص القانون هو الذى يقيم هذا التضامن .

وفي عقد الوكالة تنص المادة ١/٧٠٧ مدنى على أنه « إذا تعدد الوكلاء كانوا مسئولين بالتضامن متى كانت الوكالة غير قابلة للانقسام ، أو كان الضرر الذى أصاب الموكل نتيجة خطأ مشترك . على أن الوكلاء ، ولو كانوا متضامنين ؛ لا يسألون عما فعله أحدهم مجاوزاً حدود الوكالة أو متعصفاً في تنفيذها » . وهنا التزامات الوكيل ومسئوليته عن تنفيذ هذه الالتزامات منشؤها جميعاً عقد الوكالة ، فإذا تعدد الوكلاء بقيت التزامات كل منهم ناشئة من هذا العقد . فلا يقوم التضامن بينهم إذن ، من غير شرط ، إلا بنص في القانون ، وهو النص المتقدم الذكر . وقد اشترط النص وحدة العمل الذى تنشأ عنه المسئولية ، بأن يكون تنفيذ الوكالة غير قابل للانقسام فيكون الوكلاء وقد اشتركوا في التنفيذ قد قاموا بعمل واحد لا يقبل التجزئة ، أو بأن يكون التنفيذ متكوناً من أعمال متفرقة ولكن الوكلاء قد اشتركوا في عمل واحد من هذه الأعمال فارتكبوا خطأ مشتركاً . وغنى عن البيان أنه لو انفرد أحد الوكلاء بمجاوزة حدود الوكالة أو انفرد بالتعسف في تنفيذها ، استقل وحده بالمسئولية ، لأن الوكلاء الآخرين لم يشتركوا معه في العمل الذى أوجب مسئوليته فلا يكونون متضامنين معه ، بل لا يكونون مسئولين أصلاً . ثم تنص المادة ١/٧٠٨ مدنى على أنه « إذا أُناب الوكيل عنه غيره في تنفيذ الوكالة دون أن يكون مرخصاً له في ذلك ، كان مسئولاً عن عمل النائب كما لو كان هذا العمل قد صدر منه هو ، ويكون الوكيل ونائبه في هذه الحالة متضامنين في المسئولية » . وإذا كانت مسئولية الوكيل قد نشأت من عقد الوكالة ، فإن مسئولية النائب نحو الموكل لم تنشأ من هذا العقد لأن الوكالة لا ترخص في تعيين نائب فلا يربط النائب بالموكل عقداً ، وتكون مسئوليته نحو الموكل مسئولية تقصيرية . وكان مقتضى أن تكون مسئولية الوكيل تعاقدية ومسئولية النائب تقصيرية ألا يقوم بينهما تضامن (solidarité) بل يقوم (٢ ١٨ — الوسيط)

تضام (obligation in solidum) على ما سئرى ، ولكن النص صريح فى إنشاء التضامن بين الوكيل ونائبه بما يستتبع التضامن من نتائج أصلية ونتائج ثانوية (١). وتنص أخيراً المادة ٧١٢ مدنى على أنه « إذا وكل أشخاص متعددون وكيلاً واحداً فى عمل مشترك ، كان جميع الموكلين متضامين قبل الوكيل فى تنفيذ الوكالة ، ما لم يتفق على غير ذلك ». وهنا نرى أن الالتزام بتنفيذ الوكالة والقيام بهذا العمل المشترك مصدره عقد الوكالة ، فالتضامن دون شرط فى العقد لا يقوم إلا بنص فى القانون ، وهو النص المتقدم الذكر (٢).

١٧١ — التزامات مدنية مصدرها العمل غير المشروع : تنص المادة

١٦٩ مدنى على أنه « إذا تعدد المسئولون عن عمل ضار كانوا متضامين فى التزامهم بتعويض الضرر ، وتكون المسئولية فيما بينهم بالتساوى ، إلا إذا عين القاضى نصيب كل منهم فى التعويض ». وهذا نص من النصوص الجوهرية فى التضامن ، له أهمية بالغة ومدى واسع فى التطبيق ، فهو يقضى بالتضامن فى المسئولية عن أى عمل غير مشروع . وواضح أن العمل غير المشروع قد أصبح فى العصر الحاضر مصدراً هاماً من مصادر الالتزام ، وهو يكاد يداىى العقد فى

(١) وتقضى الفقرة الثالثة من المادة ٧٠٨ مدنى بوجود دعوى مباشرة للموكل قبل نائب الوكيل ، وهذا أدى لتقرير التضامن دون التضامن ، فإن الموكل يستطيع أن يطالب كلا من الوكيل ونائبه بدعوى مباشرة بنفس الدين ، وهذا هو التضامن كما سئرى .

ثم إن الفقرة الثانية من المادة ٧٠٨ مدنى تقضى ، إذا رخص للوكيل فى إقامة نائب عنه ، ألا يكون مسئولاً إلا عن خطأ فى اختيار نائبه أو عن خطأ فيما أصدر له من تعليمات . فهل يكون ، إذا تحققت مسئوليته على هذا النحو ، متضامناً مع نائبه ؟ لم يصرح النص بالتضامن هنا كما صرح به فى الفقرة الثانية ، وليست المسئولية فى هذا الفرض ناشئة من خطأ مشترك يوجب التضامن ، ومن ثم نرى أن المسئولية هنا تكون بالتضامن لا بالتضامن .

(٢) استئناف مخطط ٢٢ مارس سنة ١٨٩٣ م ٥ ص ١٨١ - ٤ أبريل سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ٢١٨ - ١٧ يولية سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٤٤٢ - ٧ مايو سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٤١٤ - ٢٩ أبريل سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٨٠ - ٣٠ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٤٥ .

ويترتب على ذلك أنه إذا وكل عدة أشخاص أحد المحامين قضية مشتركة ، كانوا جميعاً متضامين فى التزامهم بدفع الأتعاب المحامى (بودوى وبارد ٢ فقرة ١١٨٧ - فقرة ١١٩٠ - بلانيول وريبير وجاويل ٧ فقرة ١٠٦٧ ص ٤٢٣) — هذا والموكلون متضامنون نحو الوكيل ، حتى لو كانت الوكالة بشتر أجر (بودوى وبارد ٢ فقرة ١١٨٦) .

أهميته . فوضع النص مبدأ عاما هو التضامن في المسؤولية التصهيرية ، بخلاف المسؤولية التعاقدية وجميع الالتزامات الناشئة عن العقد فقد رأينا أن التضامن فيها لا يفترض ، بل يجب لقيامه شرط أو نص في القانون (١) . بل إن افتراض التضامن في المسؤولية التصهيرية بموجب النص المتقدم الذكر أقوى من افتراضه في خصوص العقد إذا قام التضامن فيه على نص في القانون ، ذلك أن افتراضه في العقد بموجب نص لا يمنع من جواز الاتفاق على استبعاده ، إذ لا يعتبر

(١) أما في فرنسا فلا يوجد نص عام يقابل نص المادة ١٦٩ مدني مصري ، ولكن يوجد نص في التفتين الجنائي الفرنسي (م ٥٥) يقضي بالتضامن في القرامة والرد والتعويض والمصرفات المحكوم بها على عدة أشخاص أدينوا في جريمة مشتركة . ولا بد من أن يكون المحكوم عليهم قد اشتركوا جميعاً في الجريمة أو الجريمة التي حكم من أجلها ، ويقوم التضامن بينهم بحكم القانون دون حاجة للذكر في الحكم بالإدانة (بلانويول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٦٨ ص ٤٢٧ — ٤٢٩) . يضاف إلى ذلك أن هناك قاعدة تقليدية قديمة في القضاء الفرنسي تقضي بقيام التضامن بين الأشخاص الذين يشتركون في ارتكاب عمل غير مشروع ، سواء كان هذا العمل جريمة جنائية أو مجرد خطأ مدني . وتجهل جلور هذه القاعدة التقليدية إلى أغوار بعيدة من الماضي السحيق ، إذ يرجع صدها إلى القانون الروماني في مبادئ الخاصة بالفلس والإكراه . فقد كانت هذه المبادئ تقضي بأنه إذا اشترك عدة أشخاص في ارتكاب إحدى هاتين الجريمتين ، كان كل منهم مسؤولاً عن تعويض كل الضرر الناتج من هذا العمل ، إذ لا يخفف من مسؤولية الشخص عن خطئه أن غيره أخطأ معه . ولكن إذا قام أحد الشركاء بتعويض الضرر برئت ذمة الآخرين من الالتزام بالتعويض ، إذ لم يعد هناك ضرر يستوجب أن يعرض عنه . وانتقلت هذه القاعدة من القانون الروماني إلى القانون الفرنسي القديم ، وبقيت قاعدة من قواعد الثابتة (بوتيه في الالتزامات فقرة ٢٦٨) . وبالرغم من أن المادة ٥٥ من التفتين الجنائي الفرنسي لم تقم التضامن إلا في حالة الحكم على شركاء في جريمة أو جريمة ، فخرج من نطاقها الاشتراك خطأ مدني بل والاشتراك في جريمة أو جريمة إذا لم يصدر حكم جنائي بالإدانة ، فإن القضاء الفرنسي يتبع مع ذلك يعمم القاعدة التي انتقلت إليه من القانون الفرنسي القديم ، فيقضي بالتضامن في جميع الأحوال التي يشترك فيها عدة أشخاص في ارتكاب خطأ ، سواء كان هذا الخطأ جنائياً أو كان خطأ مدنياً قصصياً . ويقصر القاعدة التي تقضي بأن التضامن لا يفترض على نطاق الالتزامات التعاقدية ، ويطلق النص القانوني الذي يميز لإقامة التضامن في المادة ٥٥ من التفتين الجنائي عن طريق القياس . وتنقل القضاء الفرنسي في تأسيس قاعدة — وهي تقضي بمسؤولية أي من الشركاء في العمل غير المشروع عن تعويض كل الضرر — من فكرة الالتزام غير القابل للانقسام إلى فكرة التضامن ، ثم من فكرة التضامن إلى فكرة التضامن (نظر بلانويول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٦٩ — فقرة ١٠٧٠) — وانظر في انقسام الفقه الفرنسي في هذه المسألة بوردو وبارد ٢ فقرة ١٣٠١ — فقرة ١٣٠٢ .

التضامن هنا من النظام العام . فيجوز إذن أن يشترط في عقد المعاولة إلا يكون المهندس المعاري والمقاول متضامنين في المسؤولية ، وفي عقد الوكالة إلا يكون الوكلاء المتعددون أو الوكيل ونائبه أو الموكلون المتعددون متضامنين في المسؤولية . أما التضامن في المسؤولية التقصيرية فهو من النظام العام ، ولا يجوز الاتفاق على ما يخالفه (١) .

وقد سبق أن عاجلنا التضامن في المسؤولية التقصيرية (٢) ، فنجتزئ هنا بالإشارة إلى أنه حتى يقوم التضامن بين المسؤولين المتعددين عن عمل غير مشروع يجب أن تتوافر شروط ثلاثة : (١) أن يكون كل واحد منهم قد ارتكب خطأ (٢) وأن يكون الخطأ الذي ارتكبه كل منهم سبباً في إحداث الضرر (٣) وأن يكون الضرر الذي أحدثه كل منهم بخطأه هو ذات الضرر الذي أحدثه الآخرون ، أى أن يكون الضرر الذي وقع منهم هو ضرر واحد (٤) . ولا يلزم بعد ذلك أن يكون هناك تواطؤ مابين المسؤولين ، أو أن ترتكب الأخطاء في وقت واحد (٥) . ولا ضرورة لأن تكون الأخطاء عملاً واحداً أو جريمة واحدة (٥) ، فقد يكون أحدهما عمداً والآخر غير عمد ، وقد تختلف جسامة الأخطاء فيقترن خطأً جسيماً

(١) ديمولوب ٢٦ ققرة ٢٤٧ — فقرة ٢٤٨ — لوران ١٧ ققرة ٢٩٢ — بودرى وبارد ٢ ققرة ١١٨٠ — بلانيول وريبير وجابوله ٧ ققرة ١٠٦٨ ص ٤٣٠ .
(٢) انظر الوسيط جزء أول ققرة ٦٢٠ : وقد ذكرنا بنوع خاص أن التضامن في المسؤولية التقصيرية كان مقرراً أيضاً بنص في التفتين المرفق السابق ، وأنه يقوم دون حاجة إلى ذكره في الحكم (الوسيط جزء أول ص ٩٢٩ هامش رقم ٣) ، وأن المسؤولية تضامنية في القانون المصري بخلاف القانون الفرنسي فهي مسئولية تضامية (الوسيط جزء أول ص ٩٢٠ هامش رقم ١) .

(٣) فإذا سرق أحد المصوص صجلة السيارة ، ثم جاء لص آخر فسرقت بعض الآلات ، لم يكن اللصان متضامنين ، لأن كلا منهما أحدث خطأً ضرراً غير الضرر الذي أحدثه الآخر (الوسيط جزء أول ص ٩٢٦) .

(٤) فإذا حاول لص سرقة منزل فتعقب فيه نقيباً ثم ذهب ليستحضر ما يستعين به على السرقة ، فأتى لص آخر على غير اتفاق مع اللص الأول ودخل من القتب وسرق المنزل ، فإن اللصين يكونان مسئولين بالتضامن (الوسيط جزء أول ص ٩٢٦) .

(٥) فقد يكون أحد الخطأين سرقة والخطأ الآخر إخفاء لمسرقة ، أو يكون الخطأ الأول جنائية تتل والخطأ الآخر جنحة ضرب (انظر في قضاء محكمة النقض في هذه المسائل الوسيط جزء أول ص ٩٢٦ هامش رقم ٣) .

مخطأ يسر ، وقد تختلف طبيعة الأخطاء فيكون أحد الخطأين جنائياً ويكون الثاني مدنياً ، أو يكون أحدهما عملاً ويكون الآخر امتناعاً عن عمل (١) . وقد تكون الأخطاء كلها ثابتة أو مفترضة ، أو يكون بعضها ثابتاً وبعضها مفترضاً .

ومتي تعدد المسئولون عن عمل غير مشروع على هذا النحو ، كانوا جميعاً متضامنين في المسؤولية ، فيستطيع المضرور أن يطالبهم جميعاً بالتعويض ، كما يستطيع أن يختار منهم من يشاء ويطلبه بالتعويض كاملاً . ويرجع من دفع التعويض على الباقي ، كل بقدر نصيبه حسب جسامه الخطأ الصادر منه (٢) . فان تعادلت الأخطاء في الجسامه ، أو لم يمكن تعيين مقدار الجسامه في كل خطأ ، كان نصيب كل منهم في التعويض مساوياً لنصيب الآخر ، وتكون المسؤولية فيما بينهم بالتساوى (٣) .

ويلحق بالتضامن في المسؤولية عن العمل غير المشروع تضامن المحكوم عليهم في الغرامات النسبية التي حكم عليهم بها ، وإن كانت الغرامة تختلف عن التعويض في أنها عقوبة ، ولكنها عقوبة مالية ، وفي هذه الصفة المالية وفي أنها جزء على عمل غير مشروع تتلاقى مع التعويض . وقد نصت المادة ٤٤ من تقنين العقوبات على أنه : « إذا حكم على جملة متهمين بحكم واحد بجرمة واحدة ، فاعلين كانوا أو شركاء ، فالغرامات يحكم بها على كل منهم على انفراد ، خلافاً للغرامات النسبية فانهم يكونون متضامنين في الإلزام بها ، ما لم ينص الحكم على خلاف

(١) مثل ذلك أن يحمل الخادم فيترك باب المنزل مفتوحاً ، فيدخل اللص ويسرق المنزل . في هذه الحالة يكون اللص والخادم متضامنين على اختلاف ما بين الخطأين ، فأحدهما عمد والآخر غير عمد ، وأحدهما جنائي والآخر مدني ، وأحدهما عمل والآخر امتناع عن عمل (الوسيط جزء أول ص ٩٢٧) .

(٢) وقد يكون أحد المسئولين هو الذي يتحمل التعويض كله في النهاية ، كما إذا اختل أساس منزل الجار من جراء هدم جاره لمزوله وإعادة بنائه ، فللجار المضرور في هذه الحالة الرجوع على جاره والمقاول متضامنين بسبب العمل غير المشروع ، ثم يرجع الجار على المقاول إذا كان بينهما اتفاق على أن يتحمل المقاول المسؤولية وحده (استئناف مخطط ٢١ أكتوبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٩) .

(٣) استئناف مخطط ٢٢ إبريل سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ١٧٢ - على أن محكمة الاستئناف المختلة قد قضت في بعض أحكامها بأن المتبوع مسئول مع التابع مسؤولية تضامية لا مسؤولية تضامنية (استئناف مخطط ٢١ ديسمبر سنة ١٩٣٨ م ٥١ ص ٧٥) .

ذلك ، . والأصل في العقوبات أن تكون شخصية لا تضامن فيها ، والغرامة عقوبة وكان ينبغي أن تكون شخصية ، ولكن المشرع هنا خرج على هذا المبدأ العام فقارب بين الغرامة والتعويض ، وأجاز التضامن في الغرامة في حالة معينة هي أن تكون هذه الغرامة نسبية . والغرامة النسبية غرامة لا يعين المشرع مقداراً محدداً لها ، بل يجعلها تناسب ما حصل عليه الجاني من الجريمة التي ارتكبها ، وأكثر ما تكون عقوبة تكميلية . نصت المادة ١٠٨/١ عقوبات على أن « من رشا موظفاً والموظف الذي يرثى ومن يتوسط بين الراشي والمرتشى يعاقبون بالسجن ، ويحكم على كل منهم بغرامة تساوى قيمة ما أعطى أو وعد به » . ونصت المادة ١١٢ عقوبات على أن « كل من تجارى من مأورى التحصيل أو المتدوين له أو الأمانة على الودائع أو الصياغة المتوطنين بحساب نفوذ أو أمانة على اختلاس أو إخفاء شيء من الأموال الأميرية أو الخصوصية التي في عهده ، أو من الأوراق الجارية بحرى النقود ، أو غيرها من الأوراق والسندات والعقود ، أو اختلس شيئاً من الأمانة المسلمة إليه بسبب وظيفته ، يحكم عليه فضلاً عن رد ما اختلسه بدفع غرامة مساوية لقيمة ذلك ، ويعاقب بالسجن » . ومع ذلك قد تكون الغرامة النسبية عقوبة أصلية ، فقد نصت المادة ٢٠٤ عقوبات ، في حالة من يأخذ مسكوكات مزورة أو مغشوشة بصفة أنها جيدة ويتعامل بها ، على ما يأتي : « ومع ذلك من استعمل تلك المسكوكات بعد أن تحققت له عيوبها يجازى بدفع غرامة لا تتجاوز ستة أمثال المسكوكات المتعامل بها » . فإذا تعدد المحكوم عليهم في إحدى الجرائم المتقدمة الذكر ، كانوا جميعاً متضامين في الغرامة المحكوم بها ، إلا إذا نص في حكم الإدانة على تقسيم الغرامة فيما بينهم دون تضامن . والنص على التقسيم جوازى للقاضى ، فإن لم ينص عليه كان التضامن قائماً بين المحكوم عليهم بحكم القانون . إلا أنه يلاحظ في جريمة الرشوة أنه يتعين على القاضى أن يحكم على كل من المرتشى والراشى والوسيط بغرامة تساوى قيمة الرشوة ، فهنا التضامن إجبارى من جهة ، ومن جهة أخرى لا تنقسم الغرامة الواحدة على المحكوم عليهم بل كل منهم يدفع الغرامة كاملة ولا يرجع بشيء منها على أحد من شركائه .

١٧٢ - التزامات مدنية مصدرها الإثراء بسبب : وتنص الفقرة

الثالثة من المادة ١٩٢ مدنى على ما يأتى : « وإذا تعدد الفضوليون فى القيام بعمل واحد ، كانوا متضامنين فى المسئولية . وهذا التضامن نظير للتضامن الذى قرره المادة ١/٧٠٧ إذا تعدد الوكلاء فيما مر ، والفضولى أقرب ما يكون إلى الوكيل . وعلى الفضولى التزامات أربعة : المضى فى العمل الذى بدأ به ، وإخطار رب العمل بتدخله بمجرد أن يستطيع ذلك ، وبذل عناية الشخص المعتاد فى القيام بالعمل ، وتقديم حساب لرب العمل مع رد ما استولى عليه بسبب الفضالة . وأغلب هذه الالتزامات مصدرها القانون ، بناها على عمل مادى صدر من الفضولى (١) . ولكن يوجد بين هذه الالتزامات التزام - هو رد الفضولى لما استولى عليه بسبب الفضالة - يمكن القول بأن مصدره هو الإثراء بلا سبب .

ففى هذا الالتزام لو تعدد الفضولى يقوم التضامن بين الفضوليين المتعديدين بموجب النص المتقدم الذكر . وفى الالتزامات الأخرى التى مصدرها القانون يقوم التضامن بين الفضوليين المتعديدين بموجب النص نفسه (٢) ، وهذه أمثلة على الالتزامات المدنية التى مصدرها القانون تضاف إلى أمثلة أخرى سنوردها فيما يلى .

وتنص المادة ٧٩٥ مدنى على أنه « فى الكفالة القضائية أو القانونية يكون الكفلاء دائماً متضامنين » . والكفالة القانونية هى ما ينص القانون على وجوب تقديمها ، ومن ذلك ما نصت عليه المادة ٤٦٧ من تقنين المرافعات من أن « النفاذ المعجل واجب بقوة القانون للأحكام الصادرة فى المواد التجارية ، سواء أكانت قابلة للمعارضة أم للاستئناف أم طعن فيها بهاتين الطريقتين وذلك بشرط تقديم كفالة » . والكفالة القضائية هى ما يجعل القانون للقاضى جواز أن يحكم بها ، ومن ذلك ما نصت عليه المادة ٤٧٠ من تقنين المرافعات من أنه « يجوز الأمر بالنفاذ المعجل ، بكفالة أو بدونها ، سواء أكان الحكم قابلاً للمعارضة أم للاستئناف

(١) انظر الوسيط جزء أول فقرة ٨٧٧ .

(٢) ويلاحظ أن القانون لم ينص على تضامن أرباب العمل إذا تمددوا كما نص على تضامن الموكلين عند التمدد فى المادة ٧١٢ مدنى . والسبب فى ذلك أن الموكلين قد جميعهم عند واحد فالتضامن بينهم مستطاع ، أما أرباب العمل فلم يجميعهم رابطة إلا عمل الفضولى نفسه فقل أن توجد بينهم رابطة تسوغ قيام التضامن (الوسيط جزء أول فقرة ٨٩٧ ص ١٦٢٩) .

أم طعن فيه بهاتين الطريقتين ، في الأحوال الآتية : (١) إذا كان الحكم مبنيًا على سند عرفي لم يجحده المحكوم عليه (٢) إذا كان الحكم صادرًا في دعوى الحياة (٣) إذا كان الحكم صادرًا لمصلحة طالب التنفيذ في منازعة متعلقة به .
فالمادة ٧٩٥ مدني سألغة الذكر ، في كل من الكفالة القانونية والكفالة القضائية ، نصت على تضامن الكفيل مع المكفول (أى طالب التنفيذ) وعلى تضامن الكفلاء فيما بينهم إذا تعددوا . وظاهر أن مصدر الالتزام بتقديم الكفيل ، قانونيا كان أو قضائيا ، هو القانون . أما مصدر التزام الكفيل نفسه فهو عقد كفالة بينه وبين المكفول له أى الخصم المحكوم عليه لصالح الخصم طالب التنفيذ .
وأما ما تضامن فيه الكفيل مع المكفول ومع الكفلاء الآخرين إذا تعددوا فهو التزام يرد ما استولى عليه المكفول عن طريق الحكم المشمول بالتنفيذ المعجل فيما إذا ألغى هذا الحكم ، ومصدر هذا الالتزام هو الإثراء بلا سبب .

١٧٣ - التزامات مرتبة مصدرها القانون : نضيف إلى التزامات

القضولى التى مصدرها القانون فيما قدمناه التزام المحكوم عليهم بمصروفات الدعوى . فقد نصت المادة ٣٥٧ من تقنين المرافعات على أن «يحكم بمصاريف الدعوى على الخصم المحكوم عليه فيها ، ويدخل في هذه المصاريف مقابل أنعاب المحاماة . وإذا تعدد المحكوم عليهم ، جاز الحكم بقسمة المصاريف بينهم بالسوية أو بنسبة مصلحة كل منهم في الدعوى على حسب ما تقدره المحكمة ، ولا يلزمون بالتضامن في المصاريف إلا إذا كانوا متضامين في أصل التزامهم المقضى به » .
فهنا التزم المحكوم عليهم بمصروفات الدعوى بموجب نص في القانون هو النص الذى ذكرناه ، وقد أوجب هذا النص ذاته تضامن المحكوم عليهم بالمصروفات إذا تعددوا في حالة واحدة هى أن يكونوا متضامين في أصل التزامهم المقضى به ، ففى كانوا متضامين في هذا الالتزام كانوا أيضاً متضامين في مصروفات الدعوى التى قضى فيها عليهم بوفاء التزامهم (١) . وفى غير هذه

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن المادة ٢٢٣ من تقنين المرافعات القديم (م ٢٤٨ جديد) إذ نصت على أن تقدير أجر الخبير يكون نافلاً على الخصم الذى طلب تعيين أهل الخبرة ، ومن بعد صدور الحكم فى الدعوى يكون نافلاً أيضاً على من حكم عليه بالمصروفات ، فإنها لا تلزم -

الحالة تنقسم المصروفات عليهم دون تضامن ، كل بنسبة مصلحته في الدعوى حسب تقدير المحكمة أو بالتساوي فيما بينهم (١) .

١٧٤ - التزامات تجارية وبحرية : وهناك التزامات نص فيها التقنين

التجاري والتقنين البحري على قيام التضامن بين المدينين .

ففي الشركات نصت المادة ٢٢ من التقنين التجاري على أن « الشركاء في شركة التضامن متضامنون لجميع تعهداتها ، ولو لم يحصل وضع الإمضاء عليها إلا من أحدهم ، إنما يشترط أن يكون هذا الإمضاء بعنوان الشركة » . فهنا نص القانون على أن الشركاء في شركة التضامن مسئولون بالتضامن في أموالهم الشخصية عن جميع التزامات الشركة (٢) . ونصت المادة ٢٣ تجاري على أن « شركة التوصية هي الشركة التي تعقد بين شريك واحد أو أكثر مسئولين

= المحكوم له في الدعوى بأتماب الخبير بالتضامن مع المحكوم عليه بالمصروفات (نقض مدني ٢٤ فبراير سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٠١ ص ٢٦٥) . ومع ذلك فقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الخمس التي طلب تعيين الخبير والخمس المحكوم عليه بأتماب الخبير يكونان متضامنين (استئناف مختلط ٦ يناير سنة ١٩٤٠ م ٤٢ ص ١٥٩) .

وفي فرنسا يقوم التضامن في المصروفات في الجناية طبقاً للمادة ٥٥ من التقنين الجنائي الفرنسي ، أما في المواد المدنية فلا يقوم التضامن في المصروفات إلا إذا حكم بها جميعاً على كل من المحكوم عليهم كجزء من التعويض (بلانول وريبير وجابول ٧ فقرة ١٠٧٣) .

(١) ويوجد مثل آخر للتضامن في التزام قانوني ، فقد نصت المادة ٥٩ من قانون رقم ١٤ سنة ١٩٣٩ (الخصاص بضرية لإيرادات رؤوس الأموال المنقولة والأرباح التجارية والصناعية وكسب العمل) على أنه « يجب عند التنازل عن كل أو بعض المنشآت تبليغ مصلحة الضرائب من هذا التنازل في مدى ستين يوماً من تاريخ حصوله ، ويكون كل من التنازل والمتنازل له مسئولاً بالتضامن عما يستحق من ضرائب على المنشأة المتنازل عنها إلى تاريخ التنازل » (انظر الأستاذ عبد الحفي حجازي ١ ص ٢٢٨) .

(٢) وهناك من يذهب إلى أن دائن الشركة يرجع بجميع حقه على الشركة أو على أي من الشركاء في ماله الخاص ، فالشركة والشركاء متضامنون جميعاً في ديون الشركة . وهناك من يذهب إلى أن الدائن لا يرجع على أي من الشركاء في ماله الخاص قبل أن يحصل على حكم بالدين على الشركة ذاتها ، وهذا الحكم يمكن تنفيذه على أموال الشركة وعلى أموال كل من الشركاء . وهناك أخيراً من يذهب إلى أن الدائن لا يستطيع الرجوع على أحد من الشركاء قبل الرجوع على الشركة ذاتها أو في القليل قبل إظهارها ، إذ الشركاء متضامنون فيما بينهم ولكلهم غير متضامنين مع الشركة بل يعتبرون في حكم الكفلاء لها .

ومتضامنين وبين شريك واحد أو أكثر يكونون أصحاب أموال فيها وخارجين عن الإدارة ويسمون موصين ». ونصت المادة ٢٩ تجارى على أنه « إذا أذن أحد الشركاء الموصين بدخول اسمه في عنوان الشركة ، خلافاً لما هو منصوص عليه في المادة ٢٦ ، فيكون ملزوماً على وجه التضامن بجميع ديون وتعهدات الشركة ». ففي شركة التوصية إذن يوجد شركاء مسئولون بالتضامن عن جميع ديون الشركة ، ويدخل في هؤلاء الشركاء الموصون إذا أذنوا بدخول أسماهم في عنوان الشركة . وتضيف المادة ٣٠ تجارى حالة أخرى يكون فيها الشركاء الموصون مسئولين بالتضامن عن ديون الشركة فتقول : « وكذلك إذا عمل أى واحد من الشركاء الموصين عملاً متعلقاً بإدارة الشركة يكون ملزوماً على وجه التضامن بديون الشركة وتعهداتها التى تنتج من العمل الذى أجراه . ويجوز أن يلزم الشريك المذكور على وجه التضامن بجميع تعهدات الشركة أو بعضها على حسب عدد وجسامته أعماله ، وعلى حسب ائتمان الغير له بسبب تلك الأعمال » . ونصت المادة ٥٧ تجارى على أن « يلزم إعلان المشاركة الابتدائية لشركة المساهمة ونظامها والأمر المرخص بإيجادها ، ويكون إعلان ذلك بتعليقه فى المحكمة الابتدائية مدة الوقت المعين آنفاً ونشره فى إحدى الجرائد . وإن لم يحصل ذلك ألزم مديرو الشركة بديونها على وجه التضامن ، ووجب عليهم التعويضات أيضاً » . فهذه حالة نص فيها القانون على تضامن مديرى الشركة المساهمة فى المسئولية عن ديونها إذا وقع منهم تقصير فى واجبه من إعلان عقد الشركة ونظامها والأمر المرخص بإيجادها . وهذا ويلاحظ أن الشركة المدنية لاتضامن بين الشركاء فيها فيما يلزم كلا منهم من ديون الشركة ، ما لم يتفق على خلاف ذلك (م ١/٥٢٤ مدنى) .

وفى الكيىالات تنص المادة ١١٧ من التقنين التجارى (١) على ما يأتى : صاحب الكيىالة والمحيلون المتناقلون لها يكونون مسئولين على وجه التضامن عن القبول والدفع فى ميعاد الاستحقاق » . فهذا نص فى القانون يقيم التضامن بين صاحب الكيىالة والمحيلين المتعاقبين لها فى مسئوليتهم عن قبول المسحوب عليه للكيىالة

(١) وانظر أيضا المادة ١٨٩ تجارى بالنسبة إلى السندات تحت الإذن أو التى لحاملها .

وعن دفعه إياها في ميعاد الاستحقاق . فإذا لم يقبل المسحوب عليه الكيالة ، وأعلن بروتستو عدم القبول رسمياً ، « وجب — كما تقول المادة ١١٩ تجارى — على الحليين المتناقلين والساحب على وجه التعاقب أن يقدموا كفيلاً ضماناً لدفع قيمة الكيالة في الميعاد المستحق فيه الدفع ، أو يدفعوا قيمتها مع مصاريف البروتستو ومصاريف الرجوع ، ولا يكون الكفيل متضامناً إلا مع من كفله سواء كان الساحب أو المحيل » . ثم إن المادة ١٣٧ تجارى تنص أيضاً على أن « ساحب الكيالة وقابلها ومحيلها ملزمون لحاملها بالوفاء على وجه التضامن (١) » وفي الإفلاس نصت المادة ٢٥٤ تجارى على أن وكلاء الدائنين (أى السنديك إذا تعدد) متضامنون فيما يتعلق بإجراءات إدارتهم .

وفي بيع السفينة نصت المادة ١/٢٣ من التقنين البحرى على أنه « يجب على الراسى عليه مزاد السفينة من أية حولة كانت أن يدفع في ظرف أربع وعشرين ساعة من وقت مرسى المزاثلث الثمن الذى رسا به المزاثل على أو يسلمه إلى صندوق المحكمة ، ويؤدى كفيلاً معتمداً بالثلثين يكون له محل بالقطر المصرى ويضع إمضاءه مع المكفول على السند ، ويكونان ملزمين على وجه التضامن بدفع الثلثين المذكورين في ميعاد أحد عشر يوماً من يوم مرسى المزاثل (٢) » .

(١) انظر أيضاً المادة ١٣٩ تجارى وتجمل التضامن ضماناً احيائياً (avale) مشلولاً على وجه التضامن .

(٢) هذا وقد وردت نصوص أخرى تقيم التضامن بين المدينين المتعدين في مسائل متفرقة ، كالنصوص التى وردت في خصوص انحصارة البحرية ، وفي بيع المحل التجارى ، وفي قانون العمل الفردى ، وفي قانون إصابات العمل .

وورثة المدين لا يكونون متضامين في القانون الفرنسى ، بل يتقصر الدين عليهم ، أما في القانون الألمانى فهم متضامنون (بودى وبارد ٢ فقرة ١٢٠٠) . وفي مصر ، وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية ، تكون التركة مشتولة من جميع الديون ، بل لا تركة إلا بعد سداد الدين ، ومن ثم يبق كل جزء من التركة مشلولاً عن كل الدين . إلا أنه إذا خضعت التركة لإجراءات التصفية المنصوص عليها في المواد ٨٧٦ — ٩١٣ ملى ، تولت المحكمة توزيع الديون الموجلة على الورثة مع ترتيب تأمينات كافية ورد ذكرها في المادة ٨٩٥ من التقنين الملى .

المطلب الثالث

وحدة المحل وتعدد الروابط — الالتزام التضامني (Obligation in solidum)

١٧٥- وحدة المحل وتعدد الروابط : والتضامن بين المدينين ، كالتضامن بين الدائنين ، يجعل الالتزام متعدد الروابط ولكنه موحد المحل ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك (١) .

فتعدد المدينين من شأنه أن يجعل الروابط متعددة ، فالدائن يرتبط بكل مدين بموجب رابطة مستقلة عن الروابط التي تربطه بالمدينين الآخرين . ومظاهر التعدد في روابط المدينين بالدائن في التضامن السلي هي نفس مظاهرها في روابط الدائنين بالمدين في التضامن الإيجابي ، على ما مر . ويرتب على ذلك :

(١) يجوز أن تكون إحدى هذه الروابط موصوفة والأخرى بسيطة ، كما يجوز أن يلحق إحدى الروابط وصف ويلحق رابطة أخرى وصف آخر . ومن ثم يصح أن يكون أحد المدينين المتضامنين مديناً تحت شرط ، والآخر التزامه منجز أو مضاف إلى أجل . فلا يطالب الدائن المدين تحت شرط إلا عند تحقق الشرط ، ولا المدين المؤجل دينه إلا عند حلول الأجل ، ويطالب فوراً من كان دينه منجزاً . وإلى هذا تشير الفقرة الأولى من المادة ٢٨٥ مدني إذ تقول : « يجوز للدائن مطالبة المدينين المتضامنين بالدين مجتمعين أو منفردين ، ويراعى في ذلك ما يلحق رابطة كل مدين من وصف يعدل من أثر الدين » . ويجوز أيضاً ، على هذا النحو ، أن يكون مكان الأداء لأحد المدينين غير مكان الأداء للمدينين الآخرين (٢) .

(١) انظر آناً فقرة ١٢٨ — ونقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيلي في هذا الصدد : « ويناط تفسير القواعد الخاصة بالتضامن السلي والإيجابي على حد سواء بفكرتين استنبطهما الفقه ، هما فكرة وحدة الدين وفكرة تعدد الروابط . فلكل مدين متضامن أن يوفى الدين بأسره ويكون وفاءه مبرئاً للدين الآخرين . وكل هذا النحو لا يكون من حق الدائن أن يطالب بالوفاء بكل الدين فحسب ، بل ويكون من واجبه كذلك أن يقبل أدائه ، وقد تقلست الإشارة إلى ذلك في التضامن الإيجابي » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٦٦) .

(٢) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٧٦ ص ٤٤٥ .

(٢) ويجوز أن يشوب إحدى الروابط عيب في الإرادة أو نقص في الأهلية وتكون الروابط الأخرى غير مشوبة بشيء من ذلك ، كما يجوز أن تكون إحدى الروابط باطلة والروابط الأخرى صحيحة ، أو يكون بعضها باطلا وبعضها قابلا للإبطال وبعضها صحيحاً . فكل رابطة من الروابط المتعددة تستقل بميوها . ثم إن بعض الروابط قد يكون قابلا للفسخ ، وبعض آخر لا يقبل الفسخ .

(٣) ويجوز أخيراً أن تنقضى إحدى الروابط دون أن تنقضى الروابط الأخرى . وسرى ذلك في أسباب انقضاء الالتزام بغير الوفاء ، فتنتفى إحدى الروابط بالمقاصة مثلاً مع بقاء الروابط الأخرى قائمة .

ولكن لما كان المدينون جميعاً متضامنين في دين واحد ، فانه بالرغم من تعدد روابطهم مع الدائن يكون الالتزام موحد المحل ، فالروابط متعددة والمحل واحد . ووحدة المحل هذه هي التي تحفظ للالتزام بوحدة رغم تعدد المدينين ، وإلا لانقسم الدين على هؤلاء المدينين ولكان التزامات متعددة الأطراف (obligation conjointe) من ناحية المدين كما سبق القول . وتعدد الروابط ووحدة المحل في التضامن السلي هما ، كما في التضامن الإيجابي ، المحور الذي تدور عليه جميع أحكام التضامن كما سرى .

١٧٦ - الالتزام التضامني^(١) (obligation in solidum) : وإذا

كان الالتزام التضامني obligation solidaire متعدد الروابط ولكنه موحد المحل ، فانه أيضاً موحد المصدر . فإذا كان التضامن مصدره الاتفاق ، فإن الالتزام التضامني الذي يجمع ما بين المدينين المتضامنين هو التزام محله واحد وهو الدين ، ومصدره واحد وهو العقد . وإذا كان التضامن مصدره نص في القانون ، كما في التزام الوكلاء المتعديين أو الالتزام عن عمل غير مشروع ، فإن مصدر الالتزام التضامني هو عقد وكالة واحد أو عمل غير مشروع صدر من أشخاص

(١) سميته في الجزء الأول من الوسيط « المسؤولية المجهزة » ، ونوثر الآن أن نسميه « الالتزام التضامني » (obligation in solidum) ليعادل به « الالتزام التضامني » (obligation solidaire) .

متعددين فأحدث ضرراً واحداً (١) .

ولكن قد يتعدد مصدر الالتزام مع بقاء محله واحداً . مثل ذلك ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة ٧٩٢ مدني من أنه « إذا كان الكفلاء قد التزموا بعقود متوالية ، فإن كل واحد منهم يكون مسئولاً عن الدين كله ، إلا إذا كان قد احتفظ لنفسه بحق التقسيم » . فهنا وجد كفلاء متعددون ، وكل منهم قد التزم في عقد مستقل بكفالة دين واحد ، فالروابط التي تربط الكفلاء المتعددين بالدائن روابط متعددة إذ كل كفيل منهم تربطه بالدائن رابطة مستقلة ، ومصدر التزام كل كفيل هو أيضاً متعدد إذ التزم الكفلاء بعقود متوالية ، ولكن الدين الذي التزم كل بأدائه هو دين واحد : الروابط إذن متعددة ، والمصدر متعدد ، والمحل واحد . فلا يكون هؤلاء الكفلاء ملتزمين بطريق التضامن ، لأن التضامن يقتضي أن يكون المصدر واحداً لا متعدداً كما قدمنا . ولكن لما كان كل منهم ملتزماً بنفس الدين ، فقد تضامت ذممهم جميعاً في هذا الدين الواحد دون أن تضامن ، فالالتزام يكون التزاماً تضامياً (obligation in solidum) لا التزاماً تضامياً (obligation solidaire) (٢) .

(١) وقد رأينا فيما يتعلق بالعمل غير المشروع أنه قد يتعدد الخطأ ، ولكن مادام الضرر يجب أن يكون واحداً ، والضرر هو أحد أركان المسؤولية التقصيرية ، فوحدة الضرر قد تتلبد على تعدد الخطأ ، فيتوحد المصدر وتكون المسؤولية تضامنية إذا وجد نص في القانون يقضي بالتضامن ، كما فعل التقنين المدني المصري (م ١٦٩) . وقد يتلبد تعدد الخطأ على وحدة الضرر فيصعد المصدر وتكون المسؤولية تضامية مادام لا يوجد نص في القانون يقضي بالتضامن ، كما هي الحال في القانون الفرنسي .

(٢) بدأ الفقه في فرنسا بالتمييز بين التضامن الكامل (solidarité parfaite) والتضامن الناقص (solidarité imparfaite) ، وانقسم الفقهاء في تحديد فيصل التفرقة بين هذين النوعين من التضامن بين رأيين : (١) رأى قال به مورلون (Mourlon) ، إذ ذهب إلى أن التضامن يكون كاملاً إذا وجدت بين المدينين التضامنين مصلحة مشتركة بحيث يمكن أن يمثل كل منهم الآخرين . أما إذا كان الدينون المتضامنون لا توجد بينهم مصلحة مشتركة ولا يعرف بعضهم بعضاً ولا يمكن القول بأن كلا منهم يمثل الآخرين ، فالتضامن في هذه الحالة يكون ناقصاً (مورلون ٢ فقرة ١٢٦٠) . (٢) ورأى قال به أوبري ورو ، إذ ذهبوا إلى أن هناك نصوساً تقيم التضامن مباشرة بين المدينين وهذا هو التضامن الكامل ، وهناك نصوس تقصر على أن تجعل للدائن الحق في أن يطالب مدينين متعددين بدين واحد وهذا هو التضامن الناقص (أوبري ورو ٤ فقرة ٢٩٨ مكررة ثلاثاً ص ٣١ — ص ٣٥ وتطبيق بارتان في هاش رقم ٦) .

والذي يميز الالتزام التضامني عن الالتزام التضامني أن المدينين المتضاميين في الالتزام الأول لا تجمعهم وحدة المصلحة المشتركة كما تجمع المدينين المتضاميين في الالتزام الثاني. ذلك أن التضامن يقتضي كما قدمنا وحدة المصدر، ووحدة المصدر هذه هي التي تفترض وجود المصلحة المشتركة بين المدينين المتضاميين. أما في الالتزام التضامني فالمصدر متعدد، فلا محل إذن لافتراض وجود مصلحة مشتركة بين المدينين المتضاميين. وفي المثل المتقدم التزم كل كفيل بعقد مستقل، فلم تكن هناك مصلحة مشتركة ما بين هؤلاء الكفلاء المتعديدين، وإنما يجمعهم كلهم دين واحد، فكل منهم ملتزم بأدائه.

ولهذا التمييز أهمية كبيرة في تعيين الآثار التي تترتب على التضامن في الالتزام وتلك التي تترتب على التضامن فيه. أما الآثار التي تترتب على التضامن فتقتصر على ما تقتضيه طبيعة الموقف، إذ كل من المدينين مدين بنفس الدين وبكل الدين. فترتب على ذلك بداهة أن الدائن يستطيع أن يطالب أى مدين منهم بكل الدين، وإذا هو استوفاه من أحدهم برئت ذمة الآخرين. كذلك يستطيع أى مدين منهم أن يوفى الدائن كل الدين، فتبرأ بذلك ذمة الآخرين. أما فيما

— ولكن ما لبث الفقه الفرنسي أن هجر هذا التمييز بين تضامن كامل وتضامن ناقص، إذ لا يوجد إلا نوع واحد من التضامن هو التضامن للكامل. أما ما يسمى بالتضامن الناقص فليس نوعاً آخر من التضامن، بل هو نظام قانوني مستقل كل الاستقلال عن نظام التضامن (solidarité)، وتمكن تسميته بنظام التضامن (in solidum). ونظام التضامن يقوم على الاتفاق أو نص القانون. أما نظام التضامن فيقوم على طبيعة الأشياء، حيث يجعل القانون مدينين متعددين مسئولين عن دين واحد نحو دائن واحد، فيكون هؤلاء المدينون متضاميين في هذا الدين دون أن يكون هناك تضامن بينهم. وليس الالتزام التضامني هو في الأصل التزام تضامني بل إن للالتزام التضامني منطقة خاصة به وللالتزام التضامني منطقة أخرى لا تتلاقى مع المنطقة الأولى. والنظامان مستقلان أحدهما عن الآخر، وليس الثاني مشتقاً من الأول. وإذا كانت المصلحة المشتركة بين المدينين المتعديدين منطوقة في نظام التضامن، فذلك راجع إلى أنه لا توجد رابطة تربط ما بين هؤلاء المدينين، وكل ما يجمع بينهم أن كلا منهم مسئول عن نفس الدين نحو نفس الدائن (انظر بوردو وبارد ٢ فقرة ١٣٩٦ — بلانول وريبر وجابول ٧ فقرة ١٠٨٩ — بيدان ولاجار ٨ فقرة ٨٤٧ وما بعدها — بلانول وريبر وجابول ٢ فقرة ١٨٨٤ — جوسران ٢ فقرة ٧٧١). ويثور دى باج على فكرة الالتزام التضامني ثورة عنيفة (انظر دى باج ٣ فقرة ٣٣٠)، بينما يدافع عنها حديثاً (Derrida) دفاعاً قوياً (انظر أنسكيلوبى دالبوز ٥ لفظ solidarité فقرة ١٣١ — فقرة ١٥٧).

يتعلق برجوع المدينين المتضامنين بعضهم على بعض ، فهذا يتوقف على ما بينهم من علاقة . فالكفلاء الذين كفلوا مديناً واحداً بمقود متوالية ، وإذا وفى أحدهم الدين كله للدائن برئت ذمة الكفلاء الآخرين من هذا الدين نحو الدائن ، ولكن يجوز للكفيل الذى دفع الدين أن يرجع يدعوى الحلول عليهم ليطالب كلا منهم بحصته فى الدين ، كما يجوز له أن يرجع بكل الدين على المدين الأصل . أما إذا وفى المدينين الدين لدائنه فإنه لا يرجع على أحد من الكفلاء ، لأنه إنما دفع دين نفسه .

والآثار التى تترتب على التضامن فى الالتزام ، حيث يفترض وجود المصلحة المشتركة ما بين المدينين المتضامين ، أبعد مدى من ذلك . ففسرى أن أى مدين متضامن تمكن مطالبته بكل الدين ، وإذا وفاه برئت ذمة الآخرين ، ويكون له فى الغالب حق الرجوع عليهم كل بقدر نصيبه . ولا يقتصر الأمر على ذلك ، إذ أن هناك مصلحة مشتركة ما بين المدينين المتضامين كما قدمنا ، وهذه المصلحة هى التى تبرر مبدأ أساسياً فى التضامن يقضى بأن كل مدين متضامن يمثل الآخرين فيما ينفعهم لا فيما يضرهم ، ولولا وجود هذه المصلحة المشتركة لما كان هناك محل لتمثيل المدينين الآخرين لا فيما يضر ولا فيما ينفع .

ومن أجل ذلك لا يقوم هذا التمثيل فى الالتزام التضامى حتى فيما ينفع ، إذ لا توجد مصلحة مشتركة ما بين المدينين المتضامين . فإذا أعلن أحد الكفلاء المتوالين الدائن ، لم يكن الدائن معزواً بالنسبة إلى الكفلاء الآخرين . وإذا صدر حكم لمصلحة أحد هؤلاء الكفلاء لم يستفد منه الباقون . وقل مثل ذلك فى سائر الآثار التى تدعى بالآثار الثانوية (effets secondaires) للتضامن ، وإلى سيأتى بيانها تفصيلاً فيما يلى (١) :

١٧٧ - أمثلة للالتزام التضامى فى القانون المصرى : وقد

أوردنا مثالا واحداً للالتزام التضامى ، هو التزام الكفلاء المتعددين بمقود متوالية ، ونعزى هذا المثال بأمثلة أخرى :

(١) استئناف وطنى ١٩ أكتوبر سنة ١٨٩٧ القضاء ٥ ص ١٣ .

(١) إذا كان الدائن بالنفقة الواجبة قانوناً يستطيع أن يطالب بها مدينين متعددين ، بأن تكون النفقة واجبة قانوناً على كل منهم ، استطاع مستحق النفقة أن يرجع بها على أيهم ، ويكون الجميع مدينين متضامين ، لأنهم جميعاً مسئولون عن دين واحد . فالحل واحد ، ولكن الروابط متعددة ، وكذلك المصدر متعدد إذ كل من هؤلاء المدينين تربطه بالدائن رابطة من القرابة تختلف عن رابطة القرابة التي تربط الدائن بالآخرين وهذه الرابطة هي مصدر التزامه بدين النفقة .

(٢) قد يكون اثنان مسئولين عن دين واحد بموجب مصدرين مختلفين ، بأن يكون أحدهما مسئولاً بموجب عقد ويكون الآخر مسئولاً بمقتضى القانون . مثل ذلك ما نصت عليه المادة ٣٠ من التقنين البحري من أن « كل مالك لسفينة مسئول مدنياً عن أعمال قيوذاتها ، بمعنى أنه ملزم بدفع الخسارة الناشئة عن أى عمل من أعمال القيوذات وبوفاء ما التزم به القيوذات المذكور فيما يختص بالسفينة وتسفيرها » . فقد قرر هذا النص مسئولية مالك السفينة عن أعمال القيوذات غير المشروعة وعن التزاماته التعاقدية فيما يختص بالسفينة وتسفيرها . أما مسئولية مالك السفينة عن أعمال القيوذات غير المشروعة فهذه مسئولية المتبوع عن التابع في نطاق المسئولية التصهيرية ، ولذلك يكون الاثنان متضامين في هذه المسئولية عن العمل غير المشروع وفقاً لأحكام المادة ١٦٩ مدني ، ويكون هذا مثلاً للتضامن في الالتزام لا للتضام فيه . ولكن مسئولية مالك السفينة عما يبرمه القيوذات من عقود خاصة بالسفينة وتسفيرها ، فهذه مسئولية تضامية لانضمامية ، لأن التضامن في المسئولية العقدية لا بد فيه من نص القانون ، والنص هنا مقصور على جعل مالك السفينة مسئولاً عن وفاء ما التزم به القيوذات ولم يصرح بقيام التضامن بينهما ، أى أنه اقتصر على جعل كل من المالك والقيوذات مسئولاً عن نفس الدين وهذا هو التضام .

(٣) كذلك يقوم الالتزام التضامني في المسئولية العقدية عن الغير . وتحقق هذه المسئولية إذا استخدم المدين بعقد شخصاً غيره في تنفيذ التزامه العقدى ، فيكون مسئولاً مسئولية عقدية عن خطأ هذا الشخص في تنفيذ العقد (١) .

(١) انظر في المسئولية العقدية عن الغير الوسيط الجزء الأولقرة ٤٣١ — فقرة ٤٣٢ .
(١٩٠ — الوسيط)

فالمؤجر مسئول عن تنفيذ التزاماته العقدية الناشئة عن عقد الإيجار نحو المستأجر ، وقد يعهد إلى بواب بتنفيذ بعض من هذه الالتزامات . فإذا قصر البواب في تنفيذها ، بأن أهمل مثلاً فتسبب عن إهماله أن سُرِق المستأجر ، أو أضاع المراسلات الموجهة إلى هذا المستأجر ، كان هذا خطأ يستوجب مسؤولية البواب . ولما كان المؤجر مسئولاً هو أيضاً عن هذا الخطأ مسؤولية عقدية ، فالالتزام بتعويض المستأجر في هذه الحالة واجب على البواب بخطأه ، ثم إن نفس الالتزام واجب أيضاً على المؤجر بمقتضى مسؤوليته عن البواب . فهذا التزام واحد ، له مدنيان . ولا يمكن القول بأنهما متضامتان ، فالتضامن مع المؤجر في مسؤوليته العقدية لا بد فيه من نص . ولكن بميزات الالتزام التضامني قد توافرت هنا : محل واحد وروابط متعددة ومصادر متعددة . فدين التعويض محله واحد بالنسبة إلى كل من المؤجر والبواب . وهناك رابطتان مختلفتان ، إحداهما تربط المستأجر بالمؤجر ، والأخرى تربط المستأجر بالبواب . ومصدر التزام البواب خطأه التصبري ، أما مصدر التزام المؤجر فمسؤوليته العقدية عن الغير (١) .

(٤) في المثليين المتقدمين رأينا أن شخصين يلتزمان بدين واحد بموجب مصدرين مختلفين . فإليك السفينة مسئول عن تنفيذ العقد الذي

(١) وقد بينا عند الكلام في المسئولية العقدية عن الغير في الجزء الأول من الوسيط أن هذه المسئولية قد تتحقق إذا استخدم المدين أشخاصاً غيره في تنفيذ التزامه العقدي ، فيكون مسئولاً مسؤولية عقدية عن خطأ هؤلاء الأشخاص الذي أضر بالدائن في الالتزام العقدي . فيوجد إذن المسئول وهو المدين في الالتزام العقدي ، والمضروب وهو الدائن في الالتزام ، والغير وهم الذين استخدمهم المدين في تنفيذ التزامه . وتقوم المسئولية العقدية عن الغير حيث يوجد عقد صحيح بين المسئول والمضروب وحيث يكون الغير مكلفاً بتنفيذ هذا العقد . فالمؤجر مسئول عن البواب قبل المستأجر : المسئول هنا هو المؤجر ، والمضروب هو المستأجر ، وقد قام بينهما عقد صحيح هو عقد الإيجار ، والغير المكلف بتنفيذ هذا العقد من قبل المسئول هو البواب . ويتبين من ذلك أن هناك حينئذٍ لتطابق المسئولية العقدية عن الغير : الحد الأول أن يكون هناك بين المسئول والمضروب عقد صحيح ، والحد الثاني أن يكون للغير مجهوداً إليه في تنفيذ هذا العقد . ويجب أن يكون الغير قد أحدث الضرر في حال تنفيذ العقد أو بسبب تنفيذه . فيكون الغير مسئولاً عن تمويض هذا الضرر مسئولية تقصيرية إذ لا عقد يربطه بالمضروب ، أما المرتبط بالعقد فسؤل نحو المضروب مسئولية عقدية عن الغير ، ويكون الاثنان مسئولين عن دين واحد هو التعويض دون أن يكونا متضامنين في هذا الدين (انظر الوسيط الجزء الأول فقرة ٤٣١ وفقرة ٤٣٣) .

أبرمه القبولان ، وهنا التابع - أى القبولان - هو الذى أبرم العقد ، فيصبح المتبوع مسئولاً عن تنفيذه . والمؤجر مسئول عن خطأ البواب فى تنفيذ عقد الإيجار ، وهنا - على خلاف الحالة الأولى - المتبوع هو الذى أبرم العقد والتابع هو الذى ينفذه . ويمكن أن نتصور حالة ثالثة يكون فيها الشخصان مسئولين أحدهما عن الآخر ، فلا تابع ولا متبوع ، ويكونان مسئولين عن دين واحد بموجب مصدرين مختلفين ، وليكن هذان المصدران خطأين أحدهما عقدي والآخر تقصيرى . « فإذا تعاقد عامل فنى مع صاحب مصنع - كما كتبنا فى الجزء الأول من الوسيط - أن يعمل فى مصنعه مدة معينة ، وأخل بتمهده فخرج قبل انقضاء المدة ليعمل فى مصنع آخر منافس بتحريض من صاحبه ، كان العامل الفنى وصاحب المصنع المنافس مسئولين معاً نحو صاحب المصنع الأول ، كل منهما عن تعويض كامل . وتفسير ذلك لا يرجع إلى تعدد المسئولين عن أخطاء تقصيرية ، بل يرجع إلى أن العامل الفنى مسئول عن تعويض كامل لأنه أخل بالتزامه العقدي ، وصاحب المصنع المنافس مسئول أيضاً عن تعويض كامل لأنه ارتكب خطأ جعله مسئولاً . فيكون كل منهما مسئولاً عن تعويض ضرر واحد تعويضاً كاملاً . وهذه ليست مسئولية بالتضامن (solidarité) بل هى مسئولية مجتمعة (تضامية in solidum) (١) . وكذلك يكون الحكم إذا كان كل من الخطأ العقدي والخطأ التقصيرى غير عمد ، كما إذا ارتكب أمين النقل وهو ينقل بضاعة خطأ بأن سار بسرعة كبيرة ، فاصطدم بسيارة أخرى ارتكب سائقها هو أيضاً خطأ بأن كان يسير من جهة الشمال ، فخطأ أمين النقل هنا خطأ عقدي غير عمد وخطأ الغير (سائق السيارة الأخرى) خطأ تقصيرى غير عمد ، ومع ذلك يكون أمين النقل والغير مسئولين معاً مسئولية مجتمعة (تضامية) . ويلاحظ فى المثلين المتقدمين أن مرتكب الخطأ العقدي لا يكون مسئولاً إلا عن الضرر المتوقع ، أما مرتكب الخطأ التقصيرى فيكون مسئولاً أيضاً عن الضرر

(١) أما فى فرنسا فيقوم بين العامل وصاحب المصنع المنافس تضامن (solidarité) لاتضام فحسب ، وذلك بموجب المادة الثالثة من قانون ٥ فبراير سنة ١٩٢٢ ، بل كان القضاء الفرنسى يقضى بالتضامن حتى قبل صدور هذا القانون (بلانويول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٦٨ ص ٤٢٦ وفترة ١٠٧٢) .

غير المتوقع مادام ضرراً مباشراً . فالمسئولية المجتمعة (التضاممية) إنما تقوم بينهما فيما يشتركان في التعويض عنه وهو الضرر المتوقع ، ويتفرد مرتكب الخطأ التصريحي بالمسئولية عن الضرر غير المتوقع . والفرق بين المسئولية بالتضامن (solidarité) والمسئولية المجتمعة (التضاممية in solidum) أن التضامن يختص بأحكام لا تشاركه فيها المسئولية المجتمعة (التضاممية) ، فالمسئولون بالتضامن يمثل بعضهم بعضاً فيما ينفع لا فيما يضر . فإذا تصالح الدائن مع أحد المسئولين بالتضامن ، وتضمن الصلح الإبراء من الدين أو براءة الذمة منه بأية وسيلة أخرى استفاد منه الباقيون ، أما إذا كان من شأن هذا الصلح أن يرتب في ذمتهم التزاماً أو يزيد فيما هم ملتزمون به فانه لا ينفذ في حقهم إلا إذا قبلوه (م ٢٩٤ مدني) . وإذا أقر أحد المسئولين المتضامنين بالدين فلا يسرى هذا الإقرار في حق الباقيين ، وإذا نكل أحد المسئولين المتضامنين عن الدين أو وجه إلى الدائن يمينا حلفها فلا يضار بذلك باقي المسئولين ، وإذا اقتصر الدائن على توجيه اليمين إلى أحد المدينين المتضامنين فحلف فإن المسئولين الآخرين يستفيدون من ذلك (م ٢٩٥ مدني) . وإذا صدر حكم على أحد المسئولين المتضامنين فلا يحتج بهذا الحكم على الباقيين ، أما إذا صدر الحكم لصالح أحدهم فيستفيد منه الباقيون إلا إذا كان الحكم مبنياً على سبب خاص بالمسئول الذي صدر الحكم لصالحه (م ٢٩٦ مدني) . وإذا أعلن الدائن أحد المسئولين المتضامنين أو قاضاه فلا يكون لذلك أثر بالنسبة إلى باقي المسئولين ، أما إذا أعلن أحد المسئولين المتضامنين الدائن فإن باقي المسئولين يستفيدون من هذا الإعذار (م ٢٩٣ فقرة ٢ مدني) هذه الأحكام هي خاصة بالمسئولية التضاممية دون المسئولية المجتمعة (التضاممية) ، ومن ثم تقوم هذه الفروق بين المسئوليتين (١).

(١) الوسيط الجزء الأول فقرة ٦٢٠ ص ٩٢٨ — ص ٩٢٩ — وإذا أغل المتعاقدان في عقد واحد بمسئولتهما العقدية ، فهما شريكان في هذه المسئولية ، ولكنها ليست مسئولية تصديرية حتى يقوم التضامن بينهما . ولما كان مصدر المسئولية هو العقد ، فلا بد من شرط التضامن ، وإلا انقسم الالتزام بينهما . ويذهب بلانيول وريبير وجابولده إلى اعتبار المسئولية هنا ، في القليل ، مسئولية تضاممية ، إن لم يمكن اعتبارها مسئولية تضاممية (بلانيول وريبير وجابولده ٧ فقرة ١٠٧١) . ولكن الالتزام التضاممي يشترط فيه — على ما نرى — أن يكون المصدر متصلاً ، وهنا المصدر عقد واحد .

(٥) وفي الدعاوى المباشرة (actions directes) نجد أيضاً الدائن له مدينان ، يرجع على كل منهما بنفس الدين ، دون أن يكون المدينان متضامنين ، فيكون الالتزام بهذا الدين الواحد التزاماً تضامياً لا تضامنياً (١) . مثل ذلك ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة ٥٩٦ مدني من أن « يكون المستأجر من الباطن ملزماً بأن يؤدي للمؤجر مباشرة ما يكون ثابتاً في ذمته للمستأجر الأصلي وقت أن ينذره المؤجر » . فهنا المؤجر يستطيع أن يرجع بالأجرة على كل من المستأجر الأصلي بموجب عقد الإيجار الأصلي والمستأجر من الباطن بموجب عقد الإيجار من الباطن وهو يعطى للمؤجر دعوى مباشرة بالأجرة . فتتوافر بذلك عناصر الالتزام التضاممي : دين واحد هو الأجرة ، وروابط متعددة هي الرابطة التي تربط المؤجر بالمستأجر الأصلي وتلك التي تربط المؤجر بالمستأجر من الباطن ، ومصادر متعددة هي عقد الإيجار الأصلي وعقد الإيجار من الباطن . وقل مثل ذلك في جميع الأحوال التي يعطى النص فيها للدائن دعوى مباشرة قبل مدينين للمدين ، كما في دعوى الموكل قبل نائب الوكيل ، ودعوى نائب الوكيل قبل الموكل ، وفي دعوى رب العمل قبل نائب الفضولي ، وغير ذلك من الدعاوى المباشرة ، وقد سبق الكلام في ذلك تفصيلاً في الجزء الثاني من الوسيط (٢) .

(١) انظر دريدا (Derrida) في أنيكلويدى دالوز « لفظ *solidarité* » فقرة ١٤٦ — فانسان Vincent في المجلة الفصلية لقانون المدني سنة ١٩٣٩ ص ٣٦ — ص ٣٨ وص ٦٤ — وقارن كولان وكايتان ٢ ص ٦٧ هامش رقم ١ .

(٢) الوسيط الجزء الثاني فقرة ٥٥٥ فقرة ٥٦٦ .
هذا ويمكن لإيراد أمثلة أخرى للمسئولية التضامية . فمسئولية المنيب والمنائب في الإنابة القاصرة هي مسئولية تضامية (بلانيول وريبير ودودان ٧ ص ٦٨٢ هامش رقم ١ — كولان وكايتان ٢ فقرة ٥٥٤ — فانسان Vincent في المجلة الفصلية لقانون المدني سنة ١٩٣٩ ص ٣٩) . وفي كل حالة يكون فيها شخصان مسئولين عن دين واحد لسببين مختلفين ، تكون مسئوليتهما عن هذا الدين مسئولية تضامية . مثل ذلك أن يبيع المقرض مينا ، ويشترط حل المشتري أن يدفع اثنتي المقرض وفاء للقرض . فهنا يوجد شخصان مسئولان عن وفاء القرض : المقرض وسبب مسئولية عقد القرض ، والمشتري وسبب مسئولية عقد البيع بما يشتمل عليه من اشتراط لمصلحة الغير (استئناف غخط ٢٩ يونيو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٥٥٣) ، فلا يقوم تضامن بين المقرض والمشتري ، ولكن يكون هناك تضامن بينهما (انظر الموجز للمؤلف ص ١٥٠ هامش رقم ١) .

المبحث الثاني

الآثار التي تترتب على تضامن المدينين

١٧٨ — المعوقون بين العائس والمدينين ومعوقون المدينين بعضهم

بعضهم : هنا أيضا نبحث ، كما بحثنا في تضامن الدائنين ، أمرين : (١) العلاقة بين الدائن والمدينين (٢) وعلاقة المدينين بعضهم ببعض .

المطلب الأول

العلاقة بين الدائن والمدينين

١٧٩ — المبادئ الأساسية : المبادئ الأساسية التي تقوم عليها العلاقة

ما بين الدائن والمدينين في التضامن السليبي هي نفس المبادئ التي تقوم عليها العلاقة ما بين المدين والدائنين في التضامن الإيجابي :

(أولا) فللدائن مطالبة أى مدين متضامن بكل الدين . ولأى مدين متضامن الوفاء بكل الدين للدائن . ووفاء أحد المدينين بكل الدين يبرئ ذمة المدينين الآخرين نحو الدائن (م ٢٨٤ - ٢٨٥ مدني) . ويرجع هذا المبدأ إلى فكرة وحدة المحل ، فالدائن يستطيع أن يطالب بالكل ، كما يستطيع أى مدين أن ينى بالكل ، لأن الكل في هذه الحالة شيء واحد .

(ثانيا) أما أسباب الانقضاء الأخرى غير الوفاء ، من تجديد ومقاصة وانحاد ذمة وإبراء وتقادم ، فانها إذا تحققت بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامين اقتصر أثرها عليه دون أن تتعدى إلى سائر المدينين ، ولا يحتاج أى من هؤلاء بها إلا بقدر حصة المدين الذي قام به سبب الانقضاء (م ٢٨٦ - ٢٩٢ / ١ مدني) . ويرجع هذا المبدأ إلى فكرة تعدد الروابط ، فكل مدين تربطه بالدائن رابطة تتميز عن روابط المدينين الآخرين ، فاذا انقضت هذه الرابطة بسبب غير الوفاء لم يترتب على ذلك انقضاء الروابط الأخرى .

(ثالثاً) ولا يجوز لأى مدين متضامن أن يأتي عملاً من شأنه أن يضر بياق المدينين ، ولكن إذا أتى عملاً من شأنه أن ينفعهم أفادوا منه (م ٢/٢٩٢ — ٢٩٦ مدنى) . ويرجع هذا المبدأ إلى فكرة التباية التبادلية ، فكل مدين يمثل الآخرين فيها ينفع لا فيما يضر . وهذا ما جرت العادة بتسميته الآثار الثانوية (effets secondaires) للتضامن (١) .

فتكلم إذن هنا ، كما تكلمنا فى التضامن الإيجابى ، فى مسائل ثلاث :
(١) انقضاء الدين بالوفاء (٢) انقضاء الدين بأسباب أخرى غير الوفاء
(٣) الآثار الثانوية للتضامن بين المدينين .

§ ١ — انقضاء الدين بالوفاء

١٨٠ — النصوص القانونية : تنص المادة ٢٨٤ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« إذا كان التضامن بين المدينين ، فان وفاء أحدهم بالدين مبرىء للذة الباقين » .

وتنص المادة ٢٨٥ على ما يأتى :

١ — يجوز للدائن مطالبة المدينين المتضامنين بالدين مجتمعين أو منفردين ، ويراعى فى ذلك ما يلحق رابطة كل مدين من وصف يعلى من أثر الدين » .

٢ — ولا يجوز للمدين الذى يطالب الدائن بالوفاء أن يحتج بأوجه الدفع

(١) وقد كان التقنين المدنى السابق يقيم التضامن السلبى على فكرتى الكفالة والوكالة (م ١٠٨/١٦٢) . انظر فى هذا المعنى استئناف غخط ١١ فبراير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ١٨٣ . ويقرر بيدان ولا جارد جميع المبادئ الثلاثة بفكرة التباية التبادلية (بيدال ولا جارد ٨ فقرة ٨١٧ وما بعدها) ، ولكن هذه الفكرة وحدها لا تكفى ، فهى تضيق مثلاً من تفسير القاعدة التى تقضى بأنه لا يجوز للمدين أن يحتج بأوجه الدفع الخاصة بغيره من المدينين ، وكان من حقه أن يحتج بها بمقتضى التباية التبادلية (دريدا Derrida أنيكولوى دالوز ه لفظ solidarité فقرة ٦١) .

الخاصة بغيره من المدينين ، ولكن يجوز له أن يحتج بأوجه الدفع الخاصة به وبالأوجه المشتركة بين المدينين جميعاً (١) .

وتقابل هذه النصوص في التقنين المدني السابق المواد ١٦٢/١٠٨ - ١٦٤ و ١٦٥/١٠٩ و ١٦٨/١١٢ (٢) .

وتقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري

(١) تاريخ النصوص :

م ٢٨٤ : ورد هذا النص في المادة ٤٠٨ من المشروع التمهيدى للوجه الآتى : « ١ - إذا كان التضامن بين المدينين ، كان كل منهم ملزماً بالدين جميعه ، وكان وفاء أحدهم بالدين مبرراً للامة الباقيين . ٢ - ومع ذلك لا يجوز التضامن دون انقسام الدين بين ورثة أحد المدينين المتضامين ، إلا إذا كان الدين خير قابل للانقسام » . وفى لجنة المراجعة حلف الحكم الخاص بالتزام أى من المدينين المتضامين بكل الدين لأنه ورد فى المادة التالية ، وكذلك حذفت الفقرة الثانية لأنها لا تتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية فى الميراث ، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدني الجديد ، وأصبح رقمه ٢٩٦ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، لمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٨٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٦٣ - ص ٦٤) .

م ٢٨٥ : ورد هذا النص فى المادة ٤٠٩ من المشروع التمهيدى للوجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم المادة ٢٩٧ من المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، لمجلس الشيوخ تحت رقم المادة ٢٨٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٦٥ - ص ٦٧) .

(٢) التقنين المدني السابق م ١٦٢/١٠٨ - ١٦٤ : لا يلزم كل واحد من المصنفين بوفاء جميع الممتد به إلا إذا اشترط تضامنهم لبعضهم فى العقد أو أوجبه القانون . وفى هذه الحالة يعتبر الممتدون كفلاء لبعضهم بعضاً ووكلاء عن بعضهم بعضاً فى وفاء الممتد به ، وتتبع القواعد المتعلقة بأحكام الكفالة والتوكيل .

م ١٦٥/١٠٩ : يجوز الدائن أن يجمع مديفيه المتضامين فى مطالبهم بدينه أو يطالبهم به منفردين ، ما لم يكن دين بعض المدينين المذكورين مؤجلاً لأجل معلوم أو معلقاً على شرط .

م ١٦٨/١١٢ : لكل من المدينين المذكورين الحق فى التمسك بأوجه الدفع الخاصة بشخصه وبالأوجه العامة لجميعهم .

(وَأحكام التقنينين القديم والجديد واضحة فى هذه المسائل بالرغم من اختلاف الأسلوب . وقد قدما أن التقنين المدني السابق صرح بالأساس الذى تبنى عليه أحكام التضامن السلبى ، فذكر أن المدينين يعتبرون كفلاء بعضهم بعضاً ووكلاء بعضهم عن بعض فى وفاء الدين وأن تتبع أحكام الكفالة والوكالة . والأولى عدم ذكر هذه الأسس التفهيمية فى التشريع ، لا سيما أنه ليس صحيحاً أن جميع أحكام الكفالة والوكالة تنطبق فى التضامن السلبى) .

المادتين ٢٨٤ - ٢٨٥ ، وفي التقنين المدني الليبي المادتين ٢٧١ - ٢٧٢ ، وفي التقنين المدني العراقي المادتين ٣٢١ - ٣٢٢ ، وفي تقنين الموجبات والعقود البنائي المواد ٢٣ و ٢٥ - ٢٩ (١) .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٢٨٤-٢٨٥ (مطابقتان للمادتين ٢٨٤ - ٢٨٥ من التقنين المدني المصري) .
التقنين المدني الليبي م ٢٧١ - ٢٧٢ (مطابقتان للمادتين ٢٨٤ - ٢٨٥ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٣٢١ : ١ - إذا كان المدينون متضامتين ، فلدائن أن يطالب بالدين كله من شاء منهم ، وأن يطالبهم به مجتمعين ، ومطالبته لأحدهم لا تمنعه من مطالبة الآخرين .
٢ - ولا يجوز للمدين الذي يطالبه الدائن بالوفاء أن يحتج بأوجه الدفع الخاصة بمدين آخر إلا بقدر نصيب هذا المدين إذا كان قد انقضى بوجه من الوجوه ، ولكن يجوز له أن يحتج بأوجه الدفع الخاصة به هو وبأوجه الدفع المشتركة بين المدينين جميعاً .
م ٣٢٢ : إذا قضى أحد المدينين المتضامتين الدين بتمامه عيناً أو بمقابل أو بطريق الحوالة ، برئت ذمته وببرأ منه المدينون الآخرون .
(وهذه نصوص تنطبق في أحكامها مع أحكام التقنين المدني المصري وإن اختلفت في العبارة والأسلوب : انظر الأستاذ حسن الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ٢٠٤ وما بعدها) .

تقنين الموجبات والعقود البنائي م ٢٣ : يكون الموجب متضاماً بين المدينين حين يكون عدة مدينين ملزمين بدين واحد وكل منهم يجب اعتباره في علاقاته بالدائن كدين مجموع هذا الدين ، فيقال إذ ذاك « تضامن المدينين » . هل أن للتضامن لا يحول دون قسمة الدين بين ورثة المدينون المتضامن .

م ٢٥ : إذا وجد موجب التضامن بين المدينين ، فإن جميع هؤلاء ملزمون بالتبعية ذاته ولكن بمقتضى روابط متيزة ومستقلة بعضها عن بعض ، ولا سيما فيما يخص : ١ - بصحة هذه الروابط . ٢ - باستحقاقها . ٣ - بقوتها .
م ٢٦ : يجب لكل من المدينين المتضامتين أن يدل بأسباب الدفاع المختصة به والمشاركة بين جميع المدينين .

م ٢٧ : إن أسباب الدفاع المختصة بكل من المدينين هي التي يمكن أن يدل بها واحد أو عدة منهم ، وأخصها : ١ - الأسباب الممكنة من الإبطال (الإكراه والغلط وعدم الأهلية) سواء أكانت مختصة بأحد المدينين أم ببعضهم ٢ - الشكل (الأجل أو الشرط) التي لا يشمل ما التزمه الجميع . ٣ - أسباب سقوط الموجب التي لم تحدث للجميع .

م ٢٨ : أسباب الدفاع المشتركة هي التي يمكن أن يدل بها جميع المدينين بالموجب المتضامن وهي حل الخصوص : ١ - أسباب البطلان (كوضوح غير مباح وكفقدان الصبغ المطلوبة -

١٨١ - لدى مدين متضامن أنه يوفى الدائن كل الدين : وهذا

ما تنص عليه المادة ٢٨٤ مدني ، كما رأينا ، إذ تقول : إذا كان التضامن بين المدينين ، فإن وفاء أحدهم بالدين مبرئ للذمة الباقين . فأى مدين إذن يستطيع أن يفي الدين كله للدائن ، ولا يستطيع الدائن أن يرفض الاستيفاء ، كما لا يستطيع أن يفرض على المدين ألا يوفيه إلا حصته في الدين إذا أصر المدين على الوفاء بالدين كله (١) . وهذا ما لم يتفقا على أن يدفع المدين للدائن حصته في الدين فقط ، فعند ذلك يكون للدائن أن يرجع على أى مدين آخر بالدين من استنزال حصة المدين المدفوعة (٢) . وكما لا يجبر المدين على أن يوفى حصته فقط ، كذلك لا يستطيع هو

شعرا بالغ التي تشمل ما التزمه الجميع . ٢ - الشكل أو الأجل أو الشرط الشامل لما التزم به الجميع . ٣ - أسباب الإسقاط التي اقتضت إلى سقوط الدين من الجميع .

م ٢٩ : إن الإيفاء أو أداء العوض أو إيداع الشيء المستحق أو المقاصة التي جرت بين أحد المدينين والدائن كلها تبرئه ذمة سائر الموجب عليهم .

(وعده نصوص تتفق في أحكامها بوجه عام مع أحكام التقنين المدني المصري فيما عدا حكم المقاصة ، فلا يحتاج بالمقاصة في التقنين المصري إلا بمقدار نصيب من وقت المقاصة منه . والتقنين اللبناني يزخر ، كما نرى ، بالأساليب والتفصيلات الفقهيّة) .

(١) لارومبيير م ٣ ١٠٢٤ فقرة ٤ — ديمولوب ٢٦ فقرة ٣١٨ — بودري وبارد ٢ فقرة ١٢٠٩ .

(٢) بودري وبارد ٢ فقرة ١٢١١ . ويلاحظ أن المادة ٢٩٠ مدني تقضي بأنه إذا أبرأ الدائن أحد المدينين المتضامنين من التضامن ، بقي حقه في الرجوع على الباقيين بكل الدين ، ما لم يتفق على غير ذلك . والفرق بين صورة الإبراء هذه وصورة استيفاء الدائن لحصة أحد المدينين أن المفروض في الصورة الثانية أن الدائن قد استوفى فعلا هذه الحصة ، فلم يبد له إلا باقي الدين يرجع به على أى مدين متضامن آخر . أما في الإبراء فالمفروض أن الدائن قد اقتصر على الإبراء من التضامن دون أن يستوفى حصة المدين المبرأ ، ومن ثم إذا طالب مديناً آخر كان له أن يطالبه بكل الدين لأنه لم يستوف من هذا الدين شيئاً ، وهذا ما لم يكن قد اتفق مع المدين المبرأ على استنزال حصته من الدين عند الرجوع على أحد من المدينين الآخرين كما يقول النص . وهناك فرق آخر من ناحية الصناعة القانونية : فاستيفاء الحصة لابد فيه من إرادتين متوافقتين ، أما الإبراء فتكتفي فيه بإرادة الدائن وإن كان يرتد برد المدين (م ٣٧١ مدني) .

وكل مبلغ يدفعه أحد المدينين المتضامنين للدائن ، سواء كان هذا المبلغ مساوياً لحصة هذا المدين أو أقل أو أكثر ، يستطيع المدينون الآخرون التمسك به لاستنزاله من الدين عند رجوع الدائن عليهم (استئناف مخطوط ١٩ مارس سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٠٢) ، وهذا ما لم يكن المدين قد اتفق مع الدائن على أنه إنما يدفع له حصته في الدين أو جزءاً منها كما سبق القول (انظر تفصيل ذلك فيما يلي فقرة ٣٠٤ في المباحث) .

هو أن يجبر الدائن على استيفاء هذه الحصة إذا أصر الدائن على أن يستوفى الدين كله .

وإذا وفى المدين الدين كله للدائن ، برئت ذمة سائر المدينين المتضامنين . ويكون للمدين الذى وفى الدين الرجوع عليهم كل بقدر حصته ، على الوجه الذى سنبينه فيما يلى . وإذا رفض الدائن أن يستوفى الدين كله من أى مدين متضامن ، كان لهذا المدين أن يعرض الدين عرضاً حقيقياً وفقاً للإجراءات المقررة ، ومتى تم هذا العرض برئت ذمة كل المدينين المتضامنين .

١٨٢ — وللدائن أنه يستوفى الدين كله مع أى مدين متضامن :

وهذا ما يقرره صدر الفقرة الأولى من المادة ٢٨٥ مدنى ، كما رأينا ، إذ يقول « يجوز للدائن مطالبة المدينين المتضامنين بالدين مجتمعين أو منفردين » . فللدائن أن يختار أى مدين متضامن — أكثرهم ملاءة أو أسيرهم وفاء أو من يشاء منهم فكلهم متضامنون فى الدين — ويطالبه بالدين جميعه لا بحصته منه فحسب (١) . وهذا يرجع كما قلنا إلى وحدة المحل فى الالتزام التضامنى ، وهذا هو أيضاً أهم أثر للتضامن السلبى ، فإن هذا النوع من التضامن مقرر فى الأصل لمصلحة الدائن ، بل هو يفوق فى الضمان الكفالة ولو كان الكفيل متضامناً كما سبق القول (٢) .

ويبقى للدائن حقه فى الرجوع بكل الدين على أى مدين يختاره حتى لو كان له تأمين عيني كرهن أو حق امتياز ، فله بالرغم من وجود هذا التأمين أن يرجع على المدين الذى اختاره قبل أن يرجع على العين المرهونة أو المثقلة بحق الامتياز ، وهذا حتى لو كانت هذه العين مملوكة لغير هذا المدين (٣) . ذلك أن القانون لم

(١) مصر لوطية ١٩ ديسمبر سنة ١٨٩٢ الحقوق ٧ ص ٣٩٢ — استئناف غنطل ١٦ يونيو سنة ١٨٩٧ م ٩ — ٣٩٤ — ٢٣ يناير سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٩٨ — ١٧ يونيو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٤٤٢ — ١٧ يناير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ١٥٦ .

(٢) انظر آتفا فقرة ١٦٤ .

(٣) ولا يخل هذا الحكم بجواز الاتفاق على أن يرجع الدائن على المدينين المتضامنين بترتيب معين ، أو على أن يرجع الدائن أولاً بالتأمين العيني (لاروسيمير ٣ م ١٢٠٣ فقرة ٣ — هيك ٧ فقرة ٣١٦ — ديولومب ٢٦ فقرة ٣١٥ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢٠٧) .

يُحتم على الدائن أن يرجع أولاً على العين المحملة بالضمان العيني (١)، فقد يجد الدائن أن الدعوى الشخصية التي يطالب بها المدين المتضامن بالدائن كله أيسر حلاً وأقل كلفة وأبسط في الإجراءات من الدعوى العينية التي يرجع بها بمقتضى التأمين العيني (٢) .

وليس للمدين إذا طالبه الدائن بالدائن كله ، أن يقتصر على دفع حصته في الدين (٣)، فانه بالنسبة إلى الدائن قد انشغلت ذمته بكل الدين ولا يستطيع أن يجزئ الوفاء . وقد رأينا نظيراً لهذا الحكم في حالة ما إذا كان المدين هو الذي يتقدم من تلقاء نفسه ، ومن غير مطالبة من الدائن ، بدفع حصته في الدين ، فإن الدائن لا يجبر على قبول الوفاء الجزئي (٤) .

١٨٣ - مراعاة ما يلحق رابطة كل مدين من وصف : ولما كان

الالتزام التضامني ، إلى جانب أنه موحد المحل ، متعدد الروابط ، فإن هذه الروابط المتعددة قد يكون بعضها موصوفاً والبعض غير موصوف ، وقد يكون الوصف الذي يلحق رابطة منها غير الوصف الذي يلحق الرابطة الأخرى ، وقد تقدمت الإشارة إلى ذلك . فيجوز أن يكون أحد المدينين المتضامنين مديناً تحت شرط واقف ، ويكون مدين آخر دينه مضاف إلى أجل ، ويكون مدين ثالث دينه منجز . ففي هذه الحالة لا يستطيع الدائن أن يرجع على المدين الأول

(١) وقد كان المشروع القهوي يتضمن نصاً يحتم ذلك ، ولكنه حذف .
(٢) بودري وبارد ٢ فقرة ١٢٠٨ . بل لا يجوز للمدين الذي يطالبه الدائن بكل الدين أن يؤخر الوفاء ، بدعوى أن هناك التزاماً لا يزال منظوراً أمام القضاء بينه وبين المدينين الآخرين بشأن حصة كل منهم في الدين ، وأنه يحق له دفع الدين كله أن يتحمل إصرار أحد من هؤلاء المدينين (بودري وبارد ٢ فقرة ١٢٠٨) .

(٣) وحق اقتصار المدين على دفع حصته في الدين إنما أعطى للكفيل إذا تعدد الكفلاء دون تضامن بينهم ، ويسمى بحق التقسيم (bénéfice de division) . ولكن هذا الحق ، إذا جاز للكفيل غير المتضامن ، لا يجوز للكفيل المتضامن ، ومن باب أول لا يجوز للمدين المتضامن .
(٤) انظر الفقرة السابقة - ولكن إذا كان المدينان المتضامنان لا يملك كل منهما أكثر من خمسة أفدنة ، وإن كان مجموع ما يملكان أكثر من خمسة أفدنة ، لم يجوز للدائن أن ينقل على أي منهما بدعوى أنهما يملكان ما نصاب الحجز (استئناف مخطط ٢٨ بتاريخ سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٥٣) .

إلا إذا تحقق الشرط ، ولا على المدين الثاني إلا عند حلول الأجل ، ويجوز له الرجوع فوراً على المدين الثالث . وإلى هذا تشير المادة ٢٨٤ مدني إذ تقول : « ويراعى في ذلك ما يلحق رابطة كل مدين من وصف يعدل من أثر الدين » . وقد تقدم مثل ذلك في التضامن الإيجابي .

وقد يطرأ الوصف على الرابطة بعد تمام التعاقد ، فيمنح الدائن أحد المدينين التضامنين بعد قيام الدين أجلاً للوفاء ، فلا يجوز للمدينين الآخرين أن يتمسكوا بهذا الأجل ، كما لا يتمسك المدين في التضامن الإيجابي بالأجل الذي يمنحه له أحد الدائنين التضامنين في حق الدائنين الآخرين (١) . وإذا كان الدائن ، عند ما يبرئ أحد المدينين التضامنين من التضامن ، يستبقى حقه في الرجوع على الباقيين بكل الدين (م ٢٩٠ مدني) ، فأولى أن يستبقى حقه في الرجوع فوراً على الباقيين إذا هو أجل الدين لأحدهم .

١٨٤ - أحوال المدينين التضامنيين الآخرين في الدعوى ودعوى لهم فيها :
وإذا طالب الدائن أحد المدينين التضامنيين بكل الدين على الوجه الذي أسلفناه ، كان لهذا المدين أن يدخل في الدعوى باقي المدينين التضامنيين أو بعضهم ، حتى إذا حكم عليه بكل الدين حكم له على كل من الآخرين بقدر حصته (٢) . ولا يجوز للدائن أن يعارض في ذلك ، فقد نصت المادة ١٤٣ من تقنين المرافعات على أن « الخصم أن يدخل في الدعوى من كان يصح اختصاصه فيها عند رفعها ، ويتبع في اختصاص الغير الأوضاع المعتادة في التكليف بالحضور » (٣) . ويتعين

(١) انظر آتفا فقرة ١٣٥ وانظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيلي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٥٨ — وانظر أيضاً المادة ١٩ من تقنين الموجبات والمقود اللبناني .
(٢) استئناف غخلط ٢١ مارس سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٢٠٨ — ٣ مايو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٩٥ .

(٣) ديرانتون ١١ فقرة ٢١٥ — لاروسبيير ٣ م ١٢٠٣ فقرة ٤ — ديولوب ٢٦ فقرة ٣١٦ — هيك ٧ فقرة ٣١٦ — يودري وبارد ٢ فقرة ١٢٠٤ — بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٨١٨ — الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٩٧ ص ٢٧٩ — وانظر عكس هذا الرأي فلا يجوز للمدين طلب التأجيل لإدخال باقي المدينين في الدعوى لوران ١٧ فقرة ٢٩٧ — دى بلج ٣ فقرة ٣٤٣ — الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٧٠٦ .

على المحكمة إجابة المدين إلى طلبه وتأجيل الدعوى لإدخال باقي المدينين ، إذا كان المدين قد كلفهم بالحضور خلال ثمانية أيام من تاريخ رفع الدعوى عليه من الدائن ، أو إذا كانت الثمانية الأيام المذكورة لم تنقض قبل الجلسة المحددة لنظر الدعوى ، وفيما عدا ذلك يكون التأجيل لإدخال باقي المدينين المتضامنين جوازياً للمحكمة (م ١٤٦ مرافعات) . ويقضى في الدعوى الأصلية المرفوعة من الدائن على المدين وفي طلب هذا المدين الرجوع على باقي المدينين بحكم واحد كلياً أمكن ذلك ، وإلا فصلت المحكمة في الرجوع على باقي المدينين بعد الحكم في الدعوى الأصلية إذا اقتضى الفصل في الرجوع إجراءات طويلة للتثبت من حصّة كل مدين في الدين » (م ١٤٧ مرافعات) .

بل إن للمحكمة من تلقاء نفسها ، دون طلب من المدين ، أن تأمر بإدخال باقي المدينين المتضامنين في الدعوى ، فقد نصت المادة ١٤٤ من تقنين المرافعات على أن « للمحكمة ولو من تلقاء نفسها أن تأمر بإدخال : (١) ... (ب) من تربطه بأحد الخصوم رابطة تضامن أو حق أو التزام لا يقبل التجزئة ... وتعين المحكمة ميعاداً للحضور من تأمر بإدخاله ومن يقوم من الخصوم باعلانه » . وهذا حكم مستحدث في تقنين المرافعات الجديد .

وكما يجوز لإدخال باقي المدينين المتضامنين في الدعوى ، يجوز كذلك أن يتدخلوا هم من تلقاء أنفسهم ، لبرعوا حقوقهم ولينعموا ما قد يقع من تواطؤ بين الدائن والمدين المرفوعة عليه الدعوى . وقد نصت المادة ١٥٣ من تقنين المرافعات على أنه « يجوز لكل ذي مصلحة أن يتدخل في الدعوى منضماً لأحد الخصوم أو طالباً بالحكم لنفسه بطلب مرتبط بالدعوى » . وتنص المادة ١٥٥ من نفس التقنين على أن « تحكم المحكمة على وجه السرعة في نزاع يتعلق بقبول الطلبات العارضة أو التدخل . ولا يترتب على الطلبات العارضة أو التدخل إرجاء الحكم في الدعوى الأصلية متى كانت صالحة للحكم فيها . وتحكم المحكمة في موضوع الطلبات العارضة أو في طلبات التدخل مع الدعوى الأصلية كلياً

= ولكن لا يجوز أن يطالب المدين الدائن بإدخال بقية المدينين في الدعوى ، لأنه مشول نحو الدائن من كل الدين ، فإذا أراد أن يدخل باقي المدينين في الدعوى ، فعليه هو لا على الدائن أن يدخلهم (يبدان لاجارد ٨ فقرة ٨١٨ ص ٦٠٦) .

أمكن ذلك ، وإلا استبقت الطلب العارض أو طلب التدخل للحكم فيه بعد تحقيقه (١) .

١٨٥ — مطالبة صريخ بعد آخر : وإذا اختار الدائن مدينا متضامنا

وطالبه بكل الدين ، ثم رأى بعد ذلك أن يوجه مطالبته لمدين متضامن آخر ظهر له فيما بعد أن مطالبته أكثر جدوى أو أيسر أو بلدا له أى سبب آخر لهذه المطالبة الجديدة ، فإن المطالبة الأولى للمدين الأول لا تمنع من مطالبة المدين الآخر . فللدائن إذن أن يدخل المدين الآخر خصما في الدعوى الأولى ويطلب الحكم على الاثنين بالدين متضامنين فيه ، وله أن يترك دعواه الأولى ويرفع دعوى جديدة على المدين الآخر يطالبه فيها وحده بكل الدين (٢) .

وإذا فرض أن الدائن استمر في مطالبة المدين الأول ولم يستطع من ورائه هذه المطالبة أن يحصل منه إلا على جزء من الدين ، فإنه يستطيع أن يطالب أى مدين آخر بالباقي من الدين بعد استنزال الجزء الذى استوفاه من المدين الأول . وهذا هو الحكم حتى لو كان المدين الآخر الذى يرجع عليه الدائن مفلسا ، فإن الدائن لا يدخل في التفليسة إلا بالباقي من الدين بعد استنزال ما استوفاه من المدين الأول ، ثم إن ما يبقى له بعد الرجوع على التفليسة يرجع به على أى من المدينين الآخرين أو على سائرهم ، حتى لو حصل الصلح مع المفلس . كذلك يدخل في التفليسة المدين المتضامن الذى وفى الدين بقلر ما وفاه عن المفلس . وهذه الأحكام تنص عليها صراحة المادة ٣٤٩ من التقنين التجارى إذ تقول : « إذا استوفى المدين الحامل لسند متضامن فيه المفلس وغيره بعضا من دينه قبل الحكم بإشهار الإفلاس ، فلا يدخل في روكية التفليسة إلا بالباقي بعد استنزال ما استوفاه ويبقى حقه في المطالبة بالباقي محفوظا له على الشريك أو الكفيل ، ويدخل الشريك أو الكفيل المذكور في روكية المفلس بقلر ما دفعه وفاء عنه .

(١) انظر في هذا المعنى لاروسبيير ٣ م ١٢٠٣ فقرة ٤ — ديمولومب ٢٦ فقرة ٣١٧ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢٠٥ .

(٢) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢١٠ — ييدان وجابولد ٨ فقرة ١٠٨١ .

وللمدائن مطالبة الشركاء في الدين بتمام دينه ولو حصل الصلح مع المفلس (١) .

١٨٦ — مطالبة المدينين المتضامنين مجتمعين : وإذا كان للدائن أن يطالب أى مدين متضامن منفرداً بكل الدين ، فما لا شك فيه أن له أيضاً أن يطالبهم جميعاً بكل الدين فيوجه إليهم المطالبة مجتمعين . وتقول المادة ٢٨٥ مدنى ، كما رأينا ، في هذا الصدد : « يجوز للدائن مطالبة المدينين المتضامنين بالدين مجتمعين .. » . ويستطيع أيضاً أن يوجه المطالبة إلى فريق منهم دون فريق (٢) . وقد رأينا أن أى مدين متضامن وجه إليه الدائن المطالبة وحده يستطيع أن يدخل الباقي في الدعوى وأن الباقي يستطيعون أن يدخلوا في الدعوى من تلقاء أنفسهم ، هذا إذا لم يستعمل الدائن حقه في مطالبتهم مجتمعين على النحو الذى بيناه .

ومضى اجتمع المدينون المتضامنون أو بعضهم في الدعوى ، فإن الحكم يصدر عليهم بالدين متضامنين فيه (٣) ، فيستطيع الدائن بموجب هذا الحكم أن ينفذ

(١) أما إذا كان كل من المدينين المتضامنين مفلسين ، فإن الدائن يدخل في كل تفليسة بمقدار كل الدين . وتنص المادة ٣٤٨ من التقنين التجارى في هذا الصدد على ما يأتى : « إذا كانت بيد أحد المدينين سمات دين مفضة أو محولة أو مكفولة من المفلس وآخرين ملتزمين معه على وجه التضامن ومفلسين أيضاً ، جاز له أن يدخل في التوزيعات التى تحصل في جميع روكيات تفليساتهم ، ويكون دخوله فيها بقدر أصل المبلغ المحرر به السند وما يتجه إلى تمام الوفاء . ولاحق لتفليسات الملتزمين بدين واحد في مطالبة بعضها بعضاً بالحصص المنفردة منها ، إلا في حالة ما إذا كان مجموع تلك الحصص المنفردة من روكيات هذه التفليسات يزيد على قدر أصل الدين وما هو قابض له ، ففي هذه الحالة تقرر الزيادة لمن كان من المدينين المفلسين مكفولاً من الآخرين على حسب ترتيب التزامهم بالدين » . والفقرة الأولى من هذا النص تقابلها المادة ٥٤٢ من التقنين التجارى الفرنسى . انظر في هذا النص وما يثيره من مسائل تختلف عليها وهى تدل على نطاق القانون التجارى يودى ويارد ٢ فقرة ١٢١١ .

(٢) ديمولوب ٢٦ فقرة ٣٢١ — يودى ويارد ٢ فقرة ١٢١٢ .

(٣) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا لم يطلب التضامن في صحيفة الدعوى الابتدائية ولا أثناء نظر الدعوى أمام محكمة أول درجة ، فلا يقتل إيدأؤه لأول مرة أمام محكمة الاستئناف (استئناف مصر ٥ يناير سنة ١٩٤١ المجموعة الرسمية ٤٢ ص ١٦٩) . ولكن إذا لم يقدم طلب للتضامن لقفضاء الفصل فيه ضمن الدعوى الأصلية ، فلا مانع من رفع دعوى جديدة به (أسبوط الكلية ٢١ يناير سنة ١٩٣١ المحاماة ١١ رقم ٥٤٣ ص ١٠٦٤) .

على أى منهم بكل الدين ، ويبقى لمن نفذ عليه بكل الدين حق الرجوع على الآخرين .

وإذا رفع الدائن الدعوى عليهم جميعاً ، جاز له رفعها فى أية محكمة تكون مختصة بنظر الدعوى بالنسبة إلى واحد منهم أياً كان ، إذ تنص الفقرة الثانية من المادة ٥٥ من تقنين المرافعات على أنه « إذا تعدد المدعى عليهم ، كان الاختصاص للمحكمة التى يقع بدائرتها موطن أحدهم » . أما إذا رفع الدعوى على كل منهم فى المحكمة التى بها موطنه فتفرقت الدعاوى ، جاز لكل مدعى أن يطلب إحالة دعواه إلى المحكمة التى رفعت أمامها أول دعوى ، فتتجمع على هذا النحو جميع الدعاوى أمام محكمة واحدة ، ثم يضم بعضها إلى بعض حتى لا تتضارب الأحكام (١) . وإذا رفع الدائن دعاوى مستقلة على المدينين المتضامنين أمام محكمة واحدة ، جاز للمضوم ، وجاز للمحكمة من تلقاء نفسها ، أن تأمر بضم هذه الدعاوى بعضها إلى بعض ليصدر فيها حكم واحد (٢) .

١٨٧ — هل ينقسم الدين بين ورثة المدين المتضامن : رأينا

فى التضامن الإيجابى أن الفقرة الثانية من المادة ٢٨٠ مدنى تنص على ما يأتى : « ومع ذلك لا يحول التضامن دون انقسام الدين بين ورثة أحد الدائنين المتضامنين ، إلا إذا كان الدين غير قابل للانقسام » (٣) . وقد كان المشروع التمهيدى للمادة ٢٨٤ (٤) تنص الفقرة الثانية منه ، فى صدد التضامن السلبى ، على ما يأتى : « ومع ذلك لا يحول التضامن دون انقسام الدين بين ورثة أحد المدينين المتضامنين ، إلا إذا كان الدين غير قابل للانقسام » (٥) ، فكان هناك

« هذا وهناك فرق بين مطالبة المدينين مجتمعين فى التزام متعدد الأطراف (obligation conjointe) ومطالبتهم مجتمعين فى التزام تضامنى (obligation solidaire) . فى الحالة الأولى يحكم على كل من المدينين بمحصته فى الدين فحسب ، أما فى الحالة الثانية فيحكم على كل من المدينين بكل الدين متضامناً فيه مع الآخرين .

(١) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢١٢ ص ٣٢٤ .

(٢) لارومبيير ٣ م ١٣٠٤ فقرة ٢ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢١٢ ص ٣٢٤ .

(٣) انظر آنفاً فقرة ١٣٤ .

(٤) وهى المادة ٤٠٨ من هذا المشروع .

(٥) انظر آنفاً فقرة ١٨٠ فى الهامش .

تقابل بين النصين . ولكن إذا كان هذا التقابل يصح في القانون الفرنسي ، حيث ينتقل الدين إلى ورثة المدين وينقسم عليهم كل بقدر حصته في الميراث (١) ، فإنه لا يصح في مصر حيث تقضى مبادئ الشريعة الإسلامية بأن الدين لا ينتقل إلى ورثة المدين ، بل تبقى التركة مستولة عنه جميعه إذ لا تركة إلا بعد سداد الدين . من أجل ذلك حذفت لجنة المراجعة الفقرة الثانية المشار إليها في التضامن السلبى « لأنها لا تتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية في الميراث » (٢) .

فاذا مات أحد المدينين المتضامنين ، بقيت تركته مشغولة بالدين جميعه ، ويجوز للدائن أن يرجع عليها به كاملاً (٣) ، ثم ترجع التركة على باقى المدينين المتضامنين كل بقدر حصته في الدين كما كان يفعل المورث لو بقى حياً . ومن ثم يكون الدين في التضامن السلبى ، بفضل القاعدة الشرعية التى تقضى بالآ تركة إلا بعد سداد الدين ، غير منقسم على ورثة المدين ، دون حاجة إلى أن يكون الدين نفسه غير قابل للانقسام (٤) .

(١) بلائول وريبر وجابول ٧ فقرة ١٠٧٩ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٦٣ وانظر أيضا فقرة ١٨٠ في الهامش . وانظر أيضا فقرة ١١٩ في الهامش حيث نقلنا كيف يصور الأستاذ اسماعيل غانم انتقال الدين إلى ورثة المدين .

(٣) كما يجوز أن يرجع على كل وارث بحصته في دين مورثه بقدر ما أفاد من تركته (استئناف مصر ١٣ يناير سنة ١٩٢٣ المجموعة الرسمية ٤٣ رقم ١٩٢) . ولكن لا تضامن بين الورثة كما قدمنا ، فإذا اتخذ الدائن إجراءات نزع الملكية ضد أحد الورثة بقدر حصته في الميراث ، كان عليه أن يتخذ نفس هذه الإجراءات ضد سائر الورثة كل بقدر حصته (استئناف مختلط ٣ يونيو سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ١٨٠) .

(٤) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى الذى احوى النص الملغى ما يأتى : « ويترتب على موت المدين المتضامن انقسام الدين بين ورثته ، ما لم يكن غير قابل للانقسام ، فلو فرض أن مدينين ثلاثة التزموا على وجه التضامن بدين مقداره ٣٠٠ جنيه ، وتوفى أحدهم عن وارثين متكافئى القرض ، فليس للدائن أن يطالب كلا منهما إلا بمبلغ ١٥٠ جنيه » . ثم مابلشت المذكرة الإيضاحية أن استدركت فقالت : « وهذا الحكم لا يتبع في الشريعة الإسلامية إذ هى لا تتيح انتقال الدين من طريق الميراث » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٦٦) . وهذا ما دعا لجنة المراجعة إلى حذف النص الذى كان يقضى بانقسام الدين على ورثة المدين كما سبق القول .

١٨٨ — أوجه الدفع التي يحتاج بها المدين المتضامن : وتنص الفقرة

الثانية من المادة ٢٨٥ مدني ، كما رأينا ، على ما يأتي : « ولا يجوز للمدين الذي يطالبه الدائن بالوفاء أن يحتاج بأوجه الدفع الخاصة بغيره من المدينين ، ولكن يجوز له أن يحتاج بأوجه الدفع الخاصة به وبالأوجه المشتركة بين المدينين جميعاً » . وقد رأينا نصاً مقابلاً لهذا النص في التضامن الإيجابي (١) .

فإذا طالب الدائن أحد المدينين المتضامين بالوفاء ، كان لهذا المدين أن يحتاج بأوجه الدفع الخاصة به وبأوجه الدفع المشتركة بين المدينين جميعاً ، ولكن ليس له أن يحتاج بأوجه الدفع الخاصة بمدين آخر .

أما أوجه الدفع الخاصة بالمدين المطالب بالوفاء فكثيرة متنوعة ، ذكرنا ما يقابلها في التضامن الإيجابي . فقد تكون الرابطة التي تربط هذا المدين بالدائن مشوبة بعيب في الرضاء لغلط أو تدليس أو إكراه ، أو ينقص في أهلية المدين . أو تكون هذه الرابطة قابلة للفسخ ، فيطالب المدين بفسخها . أو تكون قد انقضت بسبب غير الوفاء ، كالمقاصة واتحاد اللمة والإبراء والتقادم ، وهذه جميعها يحتاج بها المدين الذي قام السبب من جهته ويدفع بها مطالبة الدائن كما سنرى .

وأما أوجه الدفع المشتركة بين الدائنين جميعاً فكان يكون العقد الذي أنشأ الالتزام التضامني باطلاً في الأصل ، لانعدام رضاء المدينين جميعاً أو لعدم توافر شروط المحل أو السبب أو لعيب في الشكل . أو يكون العقد قابلاً للإبطال لصالح جميع المدينين ، بأن يكون قد وقع عليهم جميعاً إكراه أو تدليس أو وقعوا جميعاً في غلط . أو يكون العقد قابلاً للفسخ ، بأن يكون الدائن مثلاً لم يف بما تعهد به كأن كان بائعاً لم يسلم المبيع للمشتري المتضامين في الثمن ، فيكون لكل من هؤلاء المدينين المتضامين حق المطالبة بفسخ البيع . أو يكون أحد المدينين قد وفى الدين كله فبرئت ذمة الجميع ، ويكون لكل منهم أن يحتاج بهذا الوفاء على الدائن .

(١) انظر آتفا فقرة ١٣٦ .

ولا يحتاج المدين المطالب بالوفاء بأوجه الدفع الخاصة بغيره من المدينين المتضامين (١)، كما إذا وقع تدليس أو إكراه على غيره أو وقع غيره في غلط فلا يحتاج هو بذلك (٢). وكما إذا كان غيره ناقص الأهلية ، فلا يحتاج هو بنقص أهلية هذا المدين . وكما إذا كان التزام غيره معلقاً على شرط أو مضافاً إلى أجل ، فلا يتمسك هو بهذا الدفع . وكما إذا قام سبب غير الوفاء لا نقضاء التزام غيره ، فلا يحتاج هو بهذا السبب إلا بقدر حصّة هذا المدين على الوجه الذي سنتفصله فيما يلي (٣) .

§ ٢ - انتفاء الدين بأسباب أخرى غير الوفاء

١٨٩ - المبرأ العام : في التضامن السلي ، كما في التضامن الإيجابي ، إذا برئت ذمة أحد المدينين المتضامين قبل الدائن بسبب غير الوفاء ، لم تبرأ ذمة

(١) استئناف وطني ١٨ إبريل سنة ١٩١٦ المجموعة الرسمية ١٧ ص ١٩٨ — استئناف أسبوط ١٤ نوفمبر سنة ١٩٣١ الحاماة ١٢ رقم ٢٧٤ ص ٥٥٠ .

(٢) فإذا طالب الدائن أولاً من شاب رضاه عيب فأبطل هذا التزامه ، ثم رجع الدائن على مدين متضامن آخر لم يشب رضاه عيب ، فإنه يطالبه بكل الدين دون أن يستنزل حصّة من شاب رضاه العيب (لا رومبير ٣ م ١٢٠٨ فقرة ١٠ — لوران ١٧ فقرة ٣٠٠ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢٤٤) .

(٣) وقد جاء في المذكرة الايضاحية لمشروع التمهيد في هذا الصدد : « الدائن في التضامن السلي أن يطالب كلا من المدينين المتضامين بالدين بأسره ، كما هو الشأن في التضامن الإيجابي . وله أن يطالب هؤلاء المدينين بالوفاء أمام القضاء ، مجتمعين أو منفردين . ولا يجوز لمن يطالب بالوفاء منهم ، حل هذا الوجه ، أن يحتاج إلا بأوجه الدفع الخاصة بشخصه — كالغلط أو الإكراه للذين شاها رضاه — والأوجه المشتركة بين المدينين جميعاً — كما إذا كان الالتزام باطلا لعدم مشروعية السبب أو كما إذا كان قد انقضى بالوفاء . أما الدفع الخاصة بغيره من المدينين — كالغلط أو القس أو الإكراه التي شاب رضاه هؤلاء دون أن يؤثر في رضائه — فيحتج عليه الاحتجاج بها » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٦٥ — ص ٦٦) . وقد فصل تقنين الموجهات والمقود البتاني في المواد ٢٥ إلى ٢٨ أوجه الدفع المشتركة بين المدينين جميعاً وأوجه الدفع الخاصة بأحدهم (أنظر آنفاً فقرة ١٨٠ في الحاشي) .

أنظر أيضاً ترتيباً منطلقاً لأوجه الدفع المتعلقة بطبيعة الالتزام ، والأوجه المشتركة بين جميع المدينين ، والأوجه الخاصة بأحدهم دون غيره ، في بيدان ولا جارد ٨ فقرة ٨٢٠ — فقرة ٨٢٥ .

الباقين إلا بقدر حصة المدين الذى برئت ذمته (١). وقد وضع التقنين المدنى الجديد هذا المبدأ العام فى صدد التضامن الإيجابى ، واقتصر عليه فيما يتعلق بهذا النوع من التضامن دون أن يطبقه تفصيلا على الأسباب المختلفة لا تقضاء الالتزام . أما فى التضامن السلبي فقد عمد ، دون أن يصرح بالمبدأ ، إلى تطبيقه تطبيقاً تفصيلاً على هذه الأسباب ، لما لهذا التطبيق التفصيلى من أهمية عملية .

وقد قدمنا أن الأصل فى ذلك أن روابط الدائن بالمدينين المتضامنين روابط متعددة ، وقد تنقضى رابطة منها بسبب غير الوفاء ولا تنقضى الروابط الأخرى إلا بقدر حصة من انقضت رابطته ، فلا يستطيع باقى المدينين أن يجتجوا على الدائن إلا بقدر هذه الحصة ، ويقتون ملازمين بدفع باقى الدين .

ونستعرض مع التقنين المدنى الجديد أسباب انقضاء الالتزام المختلفة غير الوفاء مع النصوص التشريعية الخاصة بكل سبب . وأسباب الانقضاء التى عرض لها التقنين الجديد هى التجديد والمقاصة وانحاد الذمة والإبراء والتقدم (٢).

(١) وذلك فيما عدا التجديد ، فسنرى أنه يرى ذمة باقى المدينين المتضامنين إلا إذا احتفظ الدائن بحقه قبلهم .

(٢) وهناك ، غير هذه الأسباب ، الوفاء بمقابل واستحالة التنفيذ .

فى الوفاء بمقابل ، إذا استوفى الدائن من أحد المدينين المتضامنين مقابلاً للدين ، انقضى الدين أصلاً كما ينقضى بالوفاء ، وبرئت ذمة المدينين الآخرين ، فيستطيع كل مدين منهم أن يمتنع بهذا السبب متمسكاً بانقضاء كل الدين ولا يقتصر على استئصال حصة من وفى المقابل . وهذا الحكم يختلف عن الحكم الذى أوردناه فى الوفاء بمقابل لأحد الدائنين المتضامنين فى التضامن الإيجابى (انظر آتياً فقرة ١٣٨ فى الهامش) . والسبب فى هذا الاختلاف أن فى التضامن السلبى لا يوجد إلا دائن واحد ، وقد قبل أن يستوفى مقابلاً للدين ، فانقضى الدين بهذا القبول . أما فى التضامن الإيجابى فيوجد دائنون متعددون ، ولم يقبل للوفاء بمقابل إلا أحد هؤلاء الدائنين ، فلا يفتقد الدائنون الآخرون بقبوله فيما يجاوز حصته (انظر الأستاذ عبد الحى حجازى ص ٢٢٩) .

واستحالة التنفيذ لسبب أجنبى لا يد لأحد المدينين المتضامنين فيه يطفى الالتزام التضامنى نفسه (م ٣٧٣ مدنى) ، فتنبأ ذمة جميع المدينين ، ويكون حكم استحالة التنفيذ هو سبب الوفاء بالدين وحكم الوفاء بمقابل . أما إذا استحالت التنفيذ خطأ أحد المدينين المتضامنين أو بعد إتمامه - كأن يكون البالغون متضامنين فى الالتزام بتسليم المبيع ثم هلك المبيع خطأ أحدهم - فللمدين الذى صدر منه الخطأ يكون وحده مسئولاً عن رد الثمن والتعويض ، أما باقى المدينين فيكونون مسئولين عن رد الثمن وحده ، لأن البائع فى القانون المصرى يحصل ثبته هلاك المبيع -

١٩٠ - التجميع : تنص المادة ٢٨٦ من التقنين المدني على ما يأتي :

« يترتب على تجديد الدين بين الدائن وأحد المدينين المتضامتين أن تبرأ ذمة باقي المدينين ، إلا إذا احتفظ الدائن بحقه قبلهم (١) » .

— قبل التسليم (انظر م ٤٣٧ مدني) . وتقضى المادة ١٢٠٥ من التقنين المدني الفرنسي بأن باقي المدينين يكونون مسئولين عن رد الدين دون التمييز ، ولكن الفقه الفرنسي ينتقد هذا الحكم (انظر بودري وبارد ٢ فقرة ١٢٢٤) ، لأن البائع في القانون الفرنسي لا يتحمل تبعه هلاك المبيع بسبب أجنبي قبل التسليم ، وهلاك الشيء خطأ أحد المدينين المتضامتين يجب اعتباره هلاكاً بسبب أجنبي بالنسبة إلى الباقيين (انظر الأستاذ اسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ٢٠٤ ص ٢٩١ هامش رقم ١ وانظر ما على فقرة ١٩٧) .

وقد يحول الدائن حقه قبل أحد المدينين المتضامتين إلى محال له دون أن يستثنى حقه قبل المدينين الآخرين . والظاهر أنه عند تمام الحوالة في هذه الحالة يحل المحال له مكان الدائن الأصلي ، لأن الحق ينتقل إليه مع ضماناته والتضامن من أهمها ، فيصبح المدينون المتضامنون جميعاً مدينين للمحال له ، ولأى منهم أن يتمسك بالحوالة قبل الدائن الأصل (انظر في هذا المعنى دريدا Derrida أنسكلوبيدي دالوز « لفظ *solidarité* فقرة ٨٠) . أما إذا حول الدائن حقه قبل أحد المدينين المتضامتين واشترط استبقاء حقه قبل المدينين الآخرين ، فقد سبقت الإشارة إلى أن الدائن الأصل في هذه الحالة يستثنى علاقته ببقية المدينين ، ويصبح هو والمحال له دائنين لهم بالتضامن (انظر آنفاً فقرة ١٢٧ في الهامش) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٤١٠ من المشروع التمهيدى حل وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٢٩٨ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٢٨٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٦٧ — ص ٦٩) .

ويقابل النص في التقنين المدني السابق المادة ١٩٠/١٥٤ ونصها ما يأتي : « لا يصح في أي حال من الأحوال السالفة نقل التأمينات الشخصية كالكفالة والتضامن إلا برضاء الكفلاء والمتضامنين » . والتقنين السابق باعترافه قبول المدينين المتضامتين بالتجديد يتفق في الحكم مع التقنين الجديد .

ويقابل في التأمينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٢٨٦ (وهي مطابقة) — التقنين المدني الليبي م ٢٧٣ (وهي مطابقة) — التقنين المدني العراقي م ٣٢٣ (وهي مطابقة) — تقنين الموجبات والنفود اللبناني م ٣١ ونصها ما يأتي : « إن تجديد الموجب بين الدائن وأحد الموجب عليهم يبرئ ذمة الآخرين إلا إذا رضى هؤلاء بالتزام الموجب الجديد . أما إذا اشترط الدائن قبول المديوين وامتنع هؤلاء ، فاللوجب السابق لا يسقط » (والتقنين اللبناني يتفق في الحكم مع التقنين المصري) .

ونفرض هنا أن الدائن اتفق مع أحد المدينين المتضامنين على تجديد الدين . وهذا التجديد إما أن يكون بتغيير الدين ، إذا اتفق الطرفان على أن يستبدلا بالالتزام الأصلي التزاماً جديداً يختلف عنه في محله أو في مصدره . وإما أن يكون بتغيير المدين ، إذا اتفق الدائن مع أجنبي على أن يكون هذا الأجنبي مديناً مكان المدين الأصلي وعلى أن تبرأ ذمة المدين الأصلي دون حاجة إلى رضائه ، أو إذا حصل المدين على رضاه الدائن بشخص أجنبي قبل أن يكون هو المدين الجديد . وإما أن يكون بتغيير الدائن ، إذا اتفق الدائن والمدين وأجنبي على أن يكون هذا الأجنبي هو الدائن الجديد .

وسواء كان التجديد بتغيير الدين أو بتغيير المدين أو بتغيير الدائن ، فانه يترتب عليه أن ينقضى الالتزام الأصلي بتوابعه وأن ينشأ مكانه التزام جديد (م ١/٣٥٦ مدني) . وتنص الفقرة الثانية من المادة ٣٥٦ مدني على ما يأتي : « ولا ينتقل إلى الالتزام الجديد التأمينات التي كانت تكفل الالتزام الأصلي ، إلا بنص في القانون ، أو إلا إذا تبين من الاتفاق أو من الظروف أن نية المتعاقدين قد انصرفت إلى ذلك » . ثم تنص المادة ٣٥٨ مدني على أنه « لا ينتقل إلى الالتزام الجديد الكفالة عينية كانت أو شخصية ولا التضامن ، إلا إذا رضى بذلك الكفلاء والمدينون المتضامنون » .

ونرى من هذه النصوص أن التجديد يقضى الدين القديم على وجه قاطع ، ويقع مكانه ديناً جديداً يختلف في صفاته وفي توابعه وفي تأميناته عن الدين القديم . ومن أهم تأمينات الدين القديم هو هذا التضامن الذي كان قائماً بين المدينين جميعاً ، فينقضى بانقضاء الدين القديم . بل لا ينقضى التضامن وحده ، وإنما ينقضى الالتزام التضامني ذاته بالتجديد ، فتبرأ ذمة المدينين المتضامنين جميعاً : لازمة المدين الذي أجرى التجديد مع الدائن فحسب ، بل أيضاً تبرأ ذمة باقي المدينين المتضامنين .

وهذه نتيجة بعيدة المدى ، يبررها أن التجديد حاسم في قضاء الدين القديم بكل مشخصاته ومقوماته ، وفي إحلال دين جديد محله لا يشترك مع الدين القديم في شيء من هذه المشخصات والمقومات . ويستخلص من ذلك أن الدائن الذي جدد الدين مع أحد المدينين المتضامنين يفترض فيه أن نيته قد انصرفت إلى

قضاء الدين القديم وما يستتبع ذلك من براءة ذمة جميع المدينين المتضامنين ، واقتصر على الدين الجديد محل محل الدين القديم . فإذا كان يريد استبقاء الدين القديم في ذمة باقي المدينين المتضامنين ، أمكنه قبل أن يجرى التجديد أن يتفق مع هؤلاء المدينين على بقاء الدين القديم في ذمتهم . وعند ذلك لا ينقض الدين القديم إلا بالنسبة إلى المدين الذي جلد الدين معه ، ويبقى هذا الدين في ذمة باقي المدينين . وله في هذه الحالة أن يرجع على كل منهم بالباقي من الدين بعد استئزال حصة المدين الذي أجرى معه التجديد ، فيتفق التجديد عندئذ في الحكم مع سائر أسباب انقضاء الالتزام بغير الوفاء على ما منى . بل يتفق حكمه هنا في التضامن السلبي مع حكمه هناك في التضامن الإيجابي ، وقد رأينا في التضامن الإيجابي أنه إذا جلد الدين بين أحد الدائنين المتضامنين والمدين فلا يجوز للمدين أن يحتج بهذا التجديد على باقي الدائنين المتضامنين إلا بقدر حصة الدائن الذي أجرى التجديد معه (١) .

وإذا أراد الدائن أن ينقل التضامن إلى الدين الجديد ، فعليه أن يحصل على موافقة باقي المدينين المتضامنين على أن يلتزموا متضامنين بهذا الدين . فإذا لم يوافقوا على ذلك وكان الدائن قد اشترط لتتمام التجديد موافقتهم ، فإن التجديد لا ينعقد ، ويظل الالتزام التضامني القديم قائماً (٢) .

أما إذا كان الدائن لم يتفق مع باقي المدينين ، لا على أن يبقوا ملتزمين بالدين القديم ، ولا على أن يتضامنوا في الالتزام بالدين الجديد ، بل أجرى التجديد دون قيد ولا شرط ، فقد افترض المشرع افتراضاً معقولاً أن نية الدائن قد انصرفت إلى إبراء ذمة المدينين المتضامنين من الالتزام التضامني القديم . على أن هذا الافتراض قابل للدهس ، فيجوز للدائن وقت إجراء التجديد أن يفصح عن نيته بأنه لا يقصد من هذا التجديد أن يبرئ ذمة باقي المدينين المتضامنين ، بل قصد

(١) انظر آتفا فقرة ١٣٨ . والفرق بين التضامن الإيجابي والتضامن السلبي في حكم التجديد يرجع إلى أن التجديد لا يتم في أية حالة من حالات الثلاث إلا برضاء الدائن ، ولما كان الدائن معدياً في التضامن الإيجابي فلا يجوز أن يسرى التجديد الذي قبله أحد الدائنين في حق الباقين الذين لم يقبلوه إلا بقدر حصة الدائن الذي قبل .

(٢) انظر في هذا المعنى المادة ٣١ من تقنين الموجبات والقيود البناني .

أن يرى دمة المدين الذى أجرى معه التجديد هو وحده من الدين القديم .
فيكون الدائن بذلك قد احتفظ بحقه قبلهم - أى قبل باقى المدينين المتضامنين -
كما هو صريح نص العبارة الأخيرة من المادة ٢٨٦ مدنى . ويستوى الحكم فى هذه
الحالة مع الحكم فى حالة ما إذا كان الدائن قد اتفق مع باقى المدينين المتضامنين
على بقاء الدين القديم فى ذمتهم ، وهى الحالة التى ذكرناها فيما تقدم . ف سواء اتفق
الدائن مع باقى المدينين المتضامنين على بقاء الدين القديم فى ذمتهم ، أو اقتصر
على مجرد الاحتفاظ بالدين القديم فى ذمتهم دون اتفاق معهم ، فالحكم واحد
فى الحالتين : ينقض الدين القديم بالنسبة إلى المدين الذى أجرى التجديد وحده ،
ويبقى هذا الدين فى دمة الباقيين ، ويكون للدائن أن يرجع على أى من هؤلاء
بالدين بعد استئزال حصة المدين الذى أجرى معه التجديد . ويتفق عندئذ حكم
التجديد مع حكم سائر أسباب انقضاء الالتزام بغير الوفاء ، كما يتفق حكم التجديد
فى التضامن السلبى مع حكم التجديد فى التضامن الإيجابى (١) .

١٩١ - المقاصة : تنص المادة ٢٨٧ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« لا يجوز للمدين المتضامن أن يتمسك بالمقاصة التى تقع بين الدائن ومدين
متضامن آخر ، إلا بقدر حصة هذا المدين » (٢) .

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « يترتب على اتفاق
الدائن مع أحد المدينين المتضامنين على تجديد الدين أو استبداله انقضاء الالتزام القديم وبراءة
دمة باقى المدينين منه ، ما لم يرفض هؤلاء الارتباط بالتعهد الجديد . فإذا لم يرفضوا ذلك وكان
الدائن قد اشترط وضامهم ، فلا يمتنع التجديد ويظل الالتزام القديم قائماً : انظر فى هذا المعنى
المادتين ١٨١/١٧١ من التقنين التونسى والمراكشى والمادة ٣١ من التقنين البنىالى والمادة ١٣٧
من المشروع الفرنسى الإيطالى . ويختلف الحكم بعض الاختلاف فيما يتعلق بالتضامن الإيجابى ،
فالتجديد الذى يمتنع بين دائن من الدائنين المتضامنين والمدين لا يرى هذا المدين قبل باقى الدائنين ،
ولكنه يستتبع انقضاء الدين القديم بالنسبة لذلك الدائن وحده ، أما الدائنون الذين لم يكونوا
طرفاً فى التجديد فيظل الدين القديم قائماً بالنسبة لهم ، ويكون لكل منهم أن يطالب بهذا الدين
بعد استئزال حصة الدائن الذى ارتضى هذا التجديد : انظر المادة ١٥٥ من المشروع الفرنسى
الإيطاليا » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٦٨) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٤١١ من المشروع التمهيدى على وجه
مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٢٩٩ من

والمفروض هنا أن مقاصة قانونية وقعت بين الدائن وأحد المدينين المتضامنين في الالتزام التضامني . ونفرض لتصور ذلك أن هذا الالتزام مقداره

= المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب، فجلس الشيوخ تحت رقم ٢٨٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٦٩ — ص ٧١) .

ويقابل هذا النص في التتبعين الملغ السابقين المادتين ١١٣ / ١٦٩ و ٢٠١ / ٢٦٥ ، وهذا نص كل منها : م ١٦٩ / ١١٣ : « ولا يجوز لأحد المدينين المتضامنين لبعضهم في الدين أن يحتج بالمقاصة المحاصلة لغيره من المدينين مع الدائن . وإذا اتحدت الذمة بأن اتصف الدائن أو أحد المدينين التضامنين . لبعضهم بصفى دائن ومدني في آن واحد بدني واحد ، جاز لكل من المدينين التمسك بهذا الاتحاد بقدر الحصة التي تخص شريكهم في الدين » . ويفهم من هذا النص ضمناً ، ومفهوم المخالفة ، أن المقاصة — خلافاً لاتحاد الذمة — لا يحجج بها المدينون الآخرون حتى بقدر حصة المدين الذي وقعت المقاصة معه . غير أن المادة ٢٦٥ / ٢٠١ تنص على ما يأتي : « ولا يجوز لأحد المدينين المتضامنين أن يتمسك بالمقاصة المستحقة لباقى المدينين المذكورين إلا بقدر حصتهم في الدين » . وهذا الحكم القاضي بأن المدينين الآخرين أن يحتجوا بالمقاصة بقدر حصة المدين الذي وقعت المقاصة معه يتعارض مع الحكم السابق الذي تقضى به المادة ١٦٩ / ١١٣ سالفه الذكر . وقد ذهبنا في عهد التتبعين الملغ السابقين ، أمام هذا التناقض ، إلى إعمال المادة ٢٦٥ / ٢٠١ دون المادة ١٦٩ / ١١٣ ، ونحويل المدينين المتضامنين الباقين الحق في أن يتمسك كل منهم بالمقاصة بقدر حصة المدين الذي وقعت معه هذه المقاصة . وكيننا في الموجز في هذا الصدد ما يأتي : « أما المقاصة فقد تقع بين أحد المدينين المتضامنين والدائن . فإذا كان (أ) و (ب) مدينين متضامنين بمبلغ ثلثائة جنيه ، ثم أصبح (أ) دائئاً بمبلغ ثلثائة جنيه الدائن نفسه ، وأراد هذا الدائن الرجوع على (أ) ، فلا شك في أن (أ) يستطيع أن يتمسك بالمقاصة . ولكن هب أن الدائن لم يرجع على (أ) ورجع على (ب) ، فهل يستطيع (ب) أن يتمسك بالمقاصة التي وقعت بين الدائن والمدين (أ) ؟ تجيب المادتان ١٦٩ / ١١٣ بما يأتي « ولا يجوز لأحد المدينين المتضامنين لبعضهم في الدين أن يحتج بالمقاصة المحاصلة لغيره من المدينين مع الدائن » . ويفهم من ذلك أن (ب) في الفرض المتقدم لا يستطيع أن يتمسك بالمقاصة التي وقعت بين الدائن والمدين (أ) ، لا بالنسبة لكل الدين ولا بالنسبة لحصة (أ) من هذا الدين ... هذا هو المفهوم من النص ، ويؤيد هذا الفهم أنه متفق مع الحكم الذي نص عليه القانون الملغ الفرنسي في هذه الحالة (م ١٢٩٤) . ويؤيده أيضاً أن المباداة الأخيرة في المادتين ١٦٩ / ١١٣ تجيز في حالة اتحاد الذمة ، مغايرة حالة المقاصة ، أن يتمسك المدين التضامني بالاتحاد الذمة بقدر الحصة التي تخص شريكه في الدين كما سرى . إلا أن التفريق بين المقاصة واتحاد الذمة لا مسوغ له ، وما دام المدين التضامني أن يتمسك بالاتحاد الذمة بقدر الحصة التي تخص شريكه في الدين ، وجب أيضاً أن يكون للمدين التضامني حق التمسك بالمقاصة بقدر حصة المدين الذي وقعت معه هذه المقاصة ، فيجوز في الفرض المتقدم أن يتمسك (ب) بالمقاصة بقدر حصة (أ) في الدين ، ولا يرجع عليه الدائن إلا بنصف الدين . وهذا هو الحكم الصحيح الذي يجب أن نقف منه ، والذي =

ثلثاته ، وأن المدينين المتضامنين ثلاثة حصصهم في الدين متساوية ، وظهر أن للأول منهم على الدائن ثلثاته - سواء كان هذا الدين لاحقاً للالتزام التضامني أو سابقاً عليه - ف وقعت المقاصة بينه وبين الدائن .

فإذا رجع الدائن على المدين الأول الذي وقعت معه المقاصة ، تمسك هذا بانقضاء الدين قصاصاً . فيعتبر الدين منقضيّاً ، لا بالنسبة إلى هذا المدين وحده ، بل بالنسبة إليه وإلى المدينين الآخرين ما دام الدائن قد طالب المدين الأول . ويكون لهذا المدين أن يرجع على شريكه في الدين كل منهما بمائة ، لأنه يكون في حكم من وفى الدين ، وقد وفاه فعلاً بطريق المقاصة ، فله حق الرجوع .

أما إذا اختار الدائن أن يطالب بالدين أحد المدينين الآخرين ، فليس للمدين المطالب أن يتمسك بالمقاصة التي وقعت مع المدين الأول إلا بقدر حصة هذا المدين (١) ، أى بمقدار مائة من ثلثاته ، وعليه أن يوفى الدائن

= أراد المشرع المصري ، فنص عليه في المادتين ٢٠١/٢٦٥ : « ولا يجوز لأحد المدينين المتضامنين أن يتمسك بالمقاصة المستحقة لباقي المدينين المذكورين إلا بقدر حصة في الدين » . فرجع بذلك عن الحكم الذي نص عليه في المادتين ١١٣/١٦٩ . ونحن نرى أمام هذا التناقض أن المادتين ٢٠١/٢٦٥ تلغى المادتين ١١٣/١٦٩ (الموجز المؤلف من ٥١٦ - ص ٥١٧) .

وتقابل المادة ٢٨٧ من التفتين المدني المصري في التفتينات المدنية العربية الأخرى : في التفتين المدني السوري المادة ٢٨٧ (مطابقة) - وفي التفتين المدني الليبي المادة ٢٧٤ (مطابقة) - وفي التفتين المدني العراقي المادة ٣٢٤ (مطابقة) - وفي تفتين الموجبات والوفود البنائي المادة ٣٧ ونصها ما يأتي : « إذا وجد التضامن بين المدينين ، أمكن كلا منهم أن يبرئ ذمة الآخرين جميعاً : ١ - . . . ٢ - بإجراء المقاصة حل دين له في ذمة الدائن مقابل مجموع الدين » . ومن ذلك نرى أن التفتين البنائي - خلافاً للتفتينات العربية الأخرى - يجعل الحق لكل مدين متضامن أن يتمسك بالمقاصة التي وقعت بين الدائن ومدين متضامن آخر ، لا تقسب بقدر حصة هذا المدين المتضامن ، بل أيضاً بالدين كله ، فتبرأ ذمة جميع المدينين المتضامنين بهذه المقاصة ، ويكون المقاصة حكم وفاء الدين . وقد خالف التفتين البنائي في حكمه هذا ، لا التفتينات العربية فحسب ، بل خالف أيضاً التفتين المدني الفرنسي الذي يسترشد به عادة ، فإن هذا التفتين (م ١٢٩٤) لا يجوز لباقي المدينين أن يتمسكوا بالمقاصة أصلاً ، حتى ولو بقدر حصة المدين الذي وقعت المقاصة به .

(١) والفرق بين انقضاء الدين بالوفاء حيث يجوز لباقي المدينين أن يتمسكوا بذلك في كل الدين ، وبين انقضائه بسبب آخر غير الوفاء حيث لا يجوز لباقي المدينين أن يتمسكوا بسبب =

ماتنين ، ثم يرجع على المدين الثالث بمائة هي حصته في الدين ، ولا يرجع على المدين الأول بشيء لأنه لم يدفع شيئاً لحسابه (١) . فيكون المدين الثاني في نهاية الأمر قد تحمل حصته في الدين وهي مائة ، وكذلك المدين الثالث قد تحمل مائة ، حصته في الدين ، يرجوع المدين الثاني عليه كما قدمنا . ويبقى المدين الأول الذي وقعت معه المقاصة ، فهذا قد استنزل الدائن حصته في الدين وهي مائة عندما رجع على المدين الثاني . فينتهي أمر الدائن مع المدين الأول إلى الوضع الآتي : عليه لهذا المدين ثلثمائة ، وله مائة هي التي استنزها من الالتزام التضامني ، فتقع المقاصة بمقدار المائة ، ويبقى للمدين الأول على الدائن مائتان . فيستوفى المدين الأول الماتنين من الدائن ، بعد أن نزل له عن مائة هي حصته في الدين الذي تضامن فيه مع شريكه (٢) .

= الانقضاء إلا بقدر حصة المدين الذي قام به هذا السبب ، أن الدائن بالوفاء يكون قد حصل على كل حقه ، فليس له أن يطالب بشيء بعد ذلك . أما في غير الوفاء من أسباب الانقضاء ، فإن الدائن لا يكون قد حصل فعلاً على حقه ، فلا يكون للانقضاء أثره إلا في الرابطة التي تربطه بالمدين الذي قام به سبب الانقضاء دون غيره من الروابط التي تربطه بالمدينين المتضامنين الآخرين وهي روابط مستقلة عن الرابطة الأولى . وقد قدمنا مثل هذه الاحتمالات في صدد التضامن بين الدائنين (انظر آنفاً فقرة ١٣٧ في الهامش) .

(١) أما في القانون للفرنسي فقد قضت المادة ١٢٩٤ من التفتين المدني الفرنسي بأنه لا يجوز للمدين المتضامن أن يتمسك بالمقاصة التي وقعت مع مدين متضامن آخر ، حتى ولو بقدر حصة هذا المدين . والفقهاء الفرنسيون الذين يؤيدون هذا الحكم يطالبونه بكراهية المشرع لأن يتدخل المدين في شؤون مدين آخر قد خلاصل إلى حد تمكنه من الدفع بمقاصة وقعت بين هذا المدين الآخر والدائن (ديولومب ٢٦ فقرة ٤٠١ - لوران ١٧ فقرة ٣٣٩ - بودوي وبارد ٢ فقرة ١٢٥٠ - بلانيول وريبير وجابول ٧ فقرة ١٠٧٨ ص ٤٤٨ - كولان وكايتان ٢ فقرة ٧٠٠ ص ٤٧٤ - بلانيول وريبير وبولانجي ٢ فقرة ١٨٧٠ ص ٦٠٦ - وانظر تمليلا آخر لأوبري ورو ٤ فقرة ٢٩٨ مكررة ثالثاً حاشي رقم ١٨) . ولكن الفقه الفرنسي لا يؤيد كله هذا الحكم ، بل يذهب بعض الفقهاء إلى وجوب استنزال حصة المدين الذي وقعت معه المقاصة عند رجوع الدائن على المدينين الآخرين (ديرانتون ١٢ فقرة ٤٢٩ - فقرة ٤٣٠ - توليه ٦ فقرة ٧٣٣ و ٧ فقرة ٣٧٧ - ماركاديه ٥ فقرة ٨٣٩ - لارومبي ٣ م ١٢٠٨ فقرة ٥) .

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في هذا الصدد : « تبرأ ذمة من يوفق من المدينين المتضامنين إلى الاحتجاج بالمقاصة على الدائن . ويكون له أن يرجع على باقي المدينين كل بقدر حصته . ولكن إذا عمد الدائن إلى مطالبة هؤلاء المدينين ، فله أن يقتضى كلا =

١٩٢ - اتحاد الزمة : تنص المادة ٢٨٨ من التقنين المدني على ما يأتي :
« إذا اتحدت الزمة بين الدائن وأحد مدينيه المتضامنين ، فإن الدين لا ينقضى بالنسبة إلى باقي المدينين إلا بقدر حصصة المدين الذي اتحدت ذمته مع الدائن » (١) .
وقد تنحد الزمة بين الدائن وأحد مدينيه المتضامنين ، ونستعرض في ذلك صورتين :

(الصورة الأولى) أن يموت الدائن فيرثه هذا المدين . ونفرض أن الدين ثلثائة ، وأن المدينين المتضامنين الثلاثة حصصهم متساوية كما في المثال السابق ، وأن المدين الذي ورث الدائن هو الوارث الوحيد . فتكون الثمنا قد اتحدتا في شخص المدين ، وانقضى الدين باتحاد الزمة . فإذا اعتبر المدين نفسه مديناً قد وفى الالتزام التضامني عن نفسه وعن المدينين الآخرين عن طريق اتحاد الزمة ، كان له أن يرجع على شريكه كل بمقدار حصته ، ف يرجع بمائة على كل

= منهم حصة الدين بعد استئصال حصة المدين الذي وقع القصاص منه : انظر ما بين المادتين ٢٠١/٢٦٥ و ١١٣/١٦٩ من التقنين الحالي (السابق) من تناقض ملحوظ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٧٠) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٢٤ من المشروع النهائي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٠٠ من المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٢٨٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٧١ و ص ٧٣) .

ويقابل النص في التقنين المدني السابق المادة ١١٣/١٦٩ والمادة ٢٠٣/٢٦٧ . وتنص المادة ١١٣/١٦٩ على ما يأتي : « ... وإذا اتحدت الزمة بأن اتصف الدائن أو أحد المدينين القسامين لبعضهم بصفى دائن ومدين في آن واحد بدين واحد ، جاز لكل من المدينين التمسك بهذا الاتحاد بقدر الحصة التي تخص شريكهم في الدين » . وتنص المادة ٢٠٣/٢٦٧ على ما يأتي : « اتحاد الزمة يبرره الكفلاء في الدين ، ولا يغفل المدينين المتضامنين إلا بقدر ما يخص من اتحدت فيه الزمة من المدينين » . والحكم واحد ، كما نرى ، في التقنينين القديم والجديد .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٢٨٨ (مطابقة) — وفي التقنين المدني الليبي المادة ٢٧٥ (مطابقة) — وفي التقنين المدني العراقي (المادة ٣٢٥ (مطابقة) — وفي تقنين الموجبات والمقود البناني المادة ٣٥ ونصها ما يأتي : « إن اجتماع صفى الدائن والمدين في شخص الدائن أو في شخص أحد المدينين لا يسقط الموجب إلا فيما يخص بحصة هذا المدين » . وهذا الحكم مطابق لحكم التقنين المدني المصري .

منهما . وإذا اعتبر المدين نفسه قد ورث الدائن فأصبح دائئاً مكانه في الالتزام التضامنى - وهذا هو أفضل الاعتبارين بالنسبة إليه - كان له أن يطالب أياً من المدينين المتضامنين الآخرين بالدين بعد أن يستنزل حصته هو فيه ، فيستوفى من أى منها مائتين ، ويرجع المدين الذى وفى المائتين على شريكه بحصته في الدين وهى مائة . وهذا مايقضى به نص المادة ٢٨٨ سالفه الذكر .

(الصورة الثانية) أن يموت المدين فيرثه الدائن . ولو كان الوارث ينقل إليه دين مورثه ، لاتحدت الذمتان ، ولكنهما تتحدان هنا في شخص الدائن وبقدر حصة المدين في الدين . ويبقى للدائن بعد ذلك أن يطالب أياً من المدينين المتضامنين الباقين بمائتين ويكون بذلك قد استنزل حصة المدين الذى ورثه وهى مائة . ونصل إلى نفس النتيجة عملياً لو طبقنا أحكام الشريعة الإسلامية ، حيث لاينقل إلى الوارث دين مورثه . ذلك أن الدائن في هذه الحالة ، ولو لم ينقص الدين بانحد الذمة وبقيت التركة مستولة عنه ، لا يستطيع أن يطالب أياً من المدينين المتضامنين الآخرين بأكثر من مائتين ، إذ لو طالبه بكل الدين وهو ثلثائة لجاز للمدين أن يطلب استنزال مائة هى حصة التركة التى ورثها الدائن (١) .

(١) وإذا كانت التركة مسرة إصساراً جزئياً ، فلم يستطع الدائن الوارث أن يحصل منها إلا على خمسين ، فانه يرجع بالباقي من الدين وهو مائتان وخمسون على أى من المدينين الآخرين (الأستاذ إسماعيل غانم أحكام الالتزام ص ٢٨٤ هامش رقم ١) .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في صدد اتحاد الذمة : «ويراجه هذا النص حكم اتحاد الذمة بين الدائن وأحد مدينيه المتضامنين . ويتحقق ذلك إما من طريق خلافة الثانى للأول ، وإما من طريق خلافة الأول الثانى . وفى كلتا الحالتين لا يقتضى الدين إلا بقدر حصة هذا المدين فيه . بيد أن المدين في الحالة الأول ، عندما تقوم به صفة الخلافة من الدائن ، أن يرجع على باقى المدينين بصفتين : فله أن يرجع على كل منهم بقدر حصته بوصفه مدينأ من بينهم ، وله كذلك أن يرجع على كل منهم بمجملة الدين بعد استنزال حصته بوصفه دائئاً له إذ المفروض أنه أصبح خلفاً لهذا الدائن . أما في الحالة الثانية ، حيث تقوم بالدائن صفة الخلافة عن المدين ، فيستبقى الدائن حقه في الرجوع على كل من المدينين المتضامنين بمجملة الدين بعد استنزال حصة هذا المدين . ويراعى أن هذه الحالة لا تتحقق في ظل أحكام الشريعة الإسلامية ، حيث يظل الدائن بعد موت مورثه المدين حق الرجوع بالدين كاملاً على التركة وعلى كل من المدينين الآخرين » (مجموعة الأعمال التمهيدية ٣ ص ٧٢) .

١٩٣٣ - الإبراء : تنص المادة ٢٨٩ من التقنين المدني على ما يأتي :

« ١ - إذا أبرأ الدائن أحد المدينين المتضامنين ، فلا تبرأ ذمة الباقيين إلا إذا صرح الدائن بذلك » .

« ٢ - فإذا لم يصدر منه هذا التصريح ، لم يكن له أن يطالب باقي المدينين المتضامنين إلا بما يبقى من الدين بعد خصم حصة المدين الذي أبرأه ، إلا أن يكون قد احتفظ بحقه في الرجوع عليهم بكل الدين . وفي هذه الحالة يكون لم حق الرجوع على المدين الذي صدر الإبراء لصالحه بحصته في الدين » .
وتنص المادة ٢٩٠ على ما يأتي :

« إذا أبرأ الدائن أحد المدينين المتضامنين من التضامن ، بقي حقه في الرجوع على الباقيين بكل الدين ، ما لم يتفق على غير ذلك » .
وتنص المادة ٢٩١ على ما يأتي :

« ١ - في جميع الأحوال التي يبرأ فيها الدائن أحد المدينين المتضامنين سواء أكان الإبراء من الدين أم من التضامن ، يكون لباقي المدينين أن يرجعوا عند الاقتضاء على هذا المدين بنصيبه في حصة المعسر منهم وفقاً للمادة ٢٩٨ » .
« ٢ - على أنه إذا أخطأ الدائن المدين الذي أبرأه من كل مسئولية عن الدين ، فإن الدائن هو الذي يتحمل نصيب هذا المدين في حصة المعسر » (١) .

(١) تاريخ النص :

م ٢٨٩ : ورد هذا النص في المادة ٤١٣ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة تحت رقم ٣٠١ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب فجلس الشيوخ ، تحت رقم ٢٨٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٧٤ - ص ٧٥) .

م ٢٩٠ : ورد هذا النص في المادة ٤١٤ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٠٢ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٢٩٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٧٦) .

م ٢٩١ : ورد هذا النص في المادة ٤١٥ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما هنا أن المشروع التمهيدي تضمن العبارة الآتية في الفقرة الثانية من النص : « ولم أنه إذا ثبت أن الدائن أراد أن يخطئ المدين الذي أبرأه من أية مسئولية

« عن الدين ... » ، فدخلت هذه العبارة في لجنة المراجعة على الوجه الذي استقر في التفتين المدني الجديد « توخيا لإيراد الحكم في صورته الموضوعية دون أن تختص مسألة الإثبات بالذكر » . وأصبحت المادة رقمها ٣٠٣ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب ، فجلس الشيخ تحت رقم ٢٩١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٧٧ و ص ٨١) .
وتقابل هذه النصوص في التفتين المدني السابق النصوص الآتية :

م ١٧٠/١١٤ : إذا أبرأ الدائن ذمة أحد مدينيه المتضامنين ، ساء لغيره من المدينين التمسك بذلك بقدر حصة من حصل أبرأ ذمته فقط ، ما لم يكن الإبراء عاما للجميع ثابتاً إذ لا يحكم فيه بالظن .

م ٢٤٥/١٨٢ : وإبراء ذمة أحد المدينين المتضامنين يعتبر قاصراً على حصته فقط ، وينتفيض الدين بقدرها فقط .

م ٢٤٦/١٨٣ : لا يجوز لباقي الشركاء المتضامنين في الدين أن يطالبوا شريكهم الحاصل له الإبراء إلا بقدر حصة الشركاء المصيرين إذا اقتضت الحال ذلك .

وهذه الأحكام متفقة مع أحكام التفتين المدني الجديد . ولم يورد التفتين المدني السابق حالة الإبراء من التضامن ، وأوردتها التفتين المدني الجديد في المادة ٢٩٠ كما رأينا . ولكن التفتين الجديد لم يورد في هذا الشأن إلا ما هو متفق مع القواعد العامة ، فحكم الإبراء من التضامن في التفتين القديم متفق مع حكمه في التفتين الجديد : الموجز للمؤلف ص ٥١٨) .

وتقابل النصوص في التفتينات المدنية العربية الأخرى : في التفتين المدني السوري م ٢٨٩—

٢٩١ (مطابقة) — وفي التفتين المدني الليبي م ٢٧٦ — ٢٧٨ (مطابقة) — وفي التفتين

المدني العراقي م ٣٢٦ — ٣٢٨ (وهي مطابقة ، فيما عدا أن المادة ٣٢٦ عراق — وهي

المقابلة للمادة ٢٨٩ مصري — لا تورد في فقرتها الثانية العبارة الأخيرة الواردة في التفتين

المصري : « إلا أن يكون قد احتفظ بحقه في الرجوع عليهم بكل الدين ، وفي هذه الحالة يكون

لهم حق الرجوع على المدين الذي صدر الإبراء لصالحه بحصته في الدين » . وهذه العبارة ليست

إلا تطبيقاً للقواعد العامة ، فيمكن الأخذ بها في العراق دون نص) — وفي تفتين الموجبات

والعقود البناني النصوص الآتية : م ٣٢ — إن إسقاط الدين على أحد المدينين المتضامنين

يستفيد منه سائر المدينين عليهم ، إلا إذا كان الدائن قد صرح بأنه لا يريد إسقاط الدين إلا عن

ذلك المدينين وحل قدر حصته منه ، فمتى لا يستفيد المدينون الآخرون إلا بنسبة حصة المدينين

المبرأة ذمة (وفي هذا يختلف التفتين البناني من التفتين المصري ، ففي التفتين المصري ، كما

رأينا ، إذا أبرأ الدائن أحد المدينين المتضامنين فلا تبرأ ذمة الباقيين إلا إذا صرح الدائن بذلك .

أما في التفتين البناني فإبراء ذمة أحد المدينين المتضامنين يبرئ ذمة الباقيين ، ما لم يصرح الدائن

أنه لم يرد إلا إبراء المدين بقدر حصته) — م ٣٣ : إن الدائن الذي يرضى بتجزئة الدين لمصلحة

أحد المدينين يرضى له حق الادعاء على الآخرين بمجموع الدين ، إذا لم يشترط العكس (هذا

النص موافق في الحكم للمادة ٢٩٠ مصري) — م ٣٧ : إذا وجد التضامن بين المدينين أمكن

كلا منهم أن يبرئه ذمة الآخرين جميعاً . . . بأن ينال من الدائن إسقاط مجموع الدين (ولا

يختلف الحكم في القانون المصري عن هذا الحكم) — م ٤٢ : يزول التضامن حين يسقطه

الدائن — م ٤٣ : يكون إسقاط التضامن إما عاماً وشاملاً لجميع المدينين ، وإما شخصياً =

وهذه للنصوص تواجه حالتين :

(الحالة الأولى) أن يرى الدائن أحد المدينين المتضامنين من الدين . فإذا اقتصر الدائن على هذا الإبراء ، ولم يصرح بغير ذلك ، افترض أنه أراد إبراء ذمة هذا المدين وحده ، فلا يستطيع أن يطالبه بشيء بعد هذا الإبراء ، ولكنه يستطيع أن يطالب كلا من المدينين الآخرين بالدين بعد أن يستزل حصة المدين الذي أبرأه (١). في المثال السابق - الدين ثلثائة والمدينون المتضامنون ثلاثة حصصهم متساوية - إذا أبرأ الدائن أحد المدينين ، كان له أن يطالب أياً من المدينين الآخرين بمائتين ، ومن وفى منهما المائتين يرجع على الآخر بمائة هي حصته من الدين (٢). فإذا كان هذا الآخر معسراً ، كان للمدين الذي وفى المائتين أن يرجع على المدين الذي أبرأه الدائن بتسوية في حصة المعسر وهو خمسون ، ما لم يتضح أن الدائن عند ما أبرأ هذا المدين أراد أن يخليه من كل مسؤولية عن الدين ، ففي هذه الحالة يتحمل الدائن نفسه نصيب هذا المدين في حصة المعسر ، ولا يستطيع مطالبة المدين غير المعسر بالمائتين كلها بل يطالبه بمائة وخمسين .

= مختصاً بواحد أو بعدة منهم . فإذا شمل الإسقاط جميع المدينين ، يقسم الموجب فيما بينهم كما يقسم الموجب المتقارن . وإذا كان الإسقاط شخصياً مختصاً بواحد أو بعدة من المدينين ، فإن الدائن لا يمكنه أن يطالب الذين أسقط التضامن عنهم إلا بتسليمهم ، وإنما يحق له أن يقاضى سائر المدينين على وجه التضامن بمبلغ الدين كله . وإذا وقع لأحد المدينين الذين لم يشملهم إسقاط التضامن إن أصبح غير ملء ، فإن سائر المدينين ، وفي جملتهم الذين استأدوا من هذا الإسقاط ، يتحملون إيفاء ما يجب عليه من الدين (والمادتان ٤٣ و ٤٢ من التفتين اللبناني توافقان في الحكم المادتين ٢٩٠ و ٢٩١ من التفتين المصري) .

(١) استئناف وطني ١٩ ديسمبر سنة ١٨٩٢ الحقوق ٧ ص ٣٩٣ — استئناف غنطل ٢٠ أبريل سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٢٧١ .

(٢) نفس مدني ١٠ يونيو سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٦٩ ص ١٩٥ — على أنه إذا أفلس أحد المدينين المتضامنين ، وتصلح معه الدائن على جزء من الدين وأبرأه من الباقي ، فلقدان أن يرجع على أي المدينين المتضامنين الآخرين بكل الدين دون أن يستزل حصة المدين المفلس في الجزء الذي أبرأه منه الدائن . وهذا ما تنص عليه المادة ٣٤٩ من التفتين التجاري إذ تقول : « وللمدين مطالبة الشركاء في الدين بتمام دينه ولو حصل الصلح مع المفلس (انظر الأستاذ محسن شفيق في الإفلاس فقرة ٦٥١ - وانظر المادة ٥٤٥ من التفتين التجاري الفرنسي وكولان وكايتان ٢ فقرة ٧٠٠ ص ١٢٤) .

ولكن يجوز للدائن عند إبرائه المدين أن يصرح بما انصرفت إليه نيته بالنسبة إلى المدينين الآخرين . فقد يصرح أنه أراد بإبرائه لأحد المدينين أن يرى الباقي ، وعند ذلك يتقضى الدين بالإبراء بالنسبة إليهم جميعا ، ولا يستطيع الدائن بعد ذلك أن يطالب أحدا منهم بشيء ، ولا رجوع لأحد منهم على الآخرين . وقد يصرح ، على التقيض من ذلك ، أنه لم يرد بإبرائه للمدين أن يرى المدينين الآخرين حتى من حصة المدين الذي أبرأه ، وأنه يحتفظ لنفسه بحق الرجوع عليهم بكل الدين . وفي هذه الحالة لا يطالب الدائن المدين الذي أبرأه بشيء ، لكنه يستطيع أن يطالب أيا من المدينين الآخرين بكل الدين ، أى بثلاثمائة ، ولن دفع منهما أن يرجع على الآخر بمائة وهى حصته من الدين ، ويرجع كذلك على المدين الأول الذى أبرأه الدائن بمائة وهى حصته من الدين هو أيضا . فكان إبراء الدائن للمدين مع احتفاظه بحقه في مطالبة الآخرين بكل الدين لا يعنى المدين من دفع حصته ، ولكن لا للدائن ، بل للمدين الذى وفى كل الدين . وقد يجد المدين الذى وفى كل الدين شريكه الآخر معسراً فيرجع في هذه الحالة على المدين الأول الذى أبرأه الدائن بنصيبه في حصة المعسر ، وهى خمسون ، فيكون مجموع ما يرجع به عليه مائة وخمسين . وهذا ما لم يتضح أن الدائن عند ما أبرأ المدين الأول أراد أن يخليه من كل مسئولية عن الدين ، فعند ذلك يتحمل الدائن نفسه نصيب هذا المدين في حصة المعسر ، كما يتحمل أيضا حصة هذا المدين في الدين ما دام قد أخلاه من كل مسئولية عنه ، ولا يستطيع أن يطالب المدين غير المعسر إلا بمائة وخمسين وهى حصته من الدين أضيف إليها نصيبه في حصة المعسر (١) .

(١) وتقدير ما انصرفت إليه نية الدائن في الإبراء مسألة واقع لا معقب على قاضى الموضوع فيها من حكمة التقضى . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا اختلف أحد المدينين المتضامنين مع الدائن في مدى الإبراء الصادر منه وفيما إذا كان يتناول الدين برته فيستفيد منه كلا المدينين أو هو مقصور على المدين الآخر ، وعرضت المحكمة لهذا النزاع وكانت على بيته من كل ما يستند إليه المدين ، ثم خلصت من بحثها وموازنتها بين حجج الطرفين إلى أن هذا الإبراء خاص بأحد المدينين دون الآخر ، وكان ما ذهبت إليه من ذلك سائغا في تفسير الإقرار وعقد شطب بالاختصاص المبادرين من الدائن ولا يتجاق مع ما هو وارد فيها ، فلا معقب عليها في ذلك (نقض ملف ١٠ يونه سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٦٩ ص ١٩٥) .

(الحالة الثانية) أن يرى الدائن أحد المدينين التضامنين من التضامن فقط (١). فعندئذ لا يستطيع أن يطالبه إلا بحصته في الدين ، وهي المائة (٢) . ولكنه يستطيع أن يطالب كلا من المدينين الآخرين بكل الدين ، أى بثلاثمائة ، ومتى وفى أحدهما الدين كله رجع على المدين الآخر بمائة وهي حصته في الدين ، ثم رجع على المدين الأول الذى أبراه الدائن بمائة وهي حصته في الدين كذلك . فإذا كان المدين الآخر معسراً ، رجع المدين الذى وفى الدين كله على المدين الأول الذى أبراه الدائن بتسوية في حصة المعسر تضاف إليه حصته هو في الدين ، فيرجع عليه بمائة وخمسين (٣) . وقد يتفق الدائن عند إبرائه للمدين الأول من التضامن ، مع هذا المدين أو مع غيره من المدينين أو معهم جميعاً ، على أن يرجع على أى من المدينين الآخرين بالدين بعد استئصال حصة المدين الذى أبراه من التضامن ، فيرجع عندئذ على أى منهما بمائتين ، ويرجع المدين الذى وفى المائتين على المدين الآخر بحصته في الدين وهي مائة . فإذا كان هذا المدين الآخر معسراً ، رجع المدين الذى وفى المائتين على المدين الذى أبراه الدائن من

= ولما كان الإبراء إسقاطاً فهو لا يفترض ، بل يجب أن يستخلص في وضوح وفى غير إيهام ، وإذا تضمنته ورقة مكتوبة يجب أن تكون مفضاة من الدائن أو من نائب عنه مفضول له في الإبراء (استئناف مخطط ١١ يناير سنة ١٩٠٦ م ص ٩٧) .

(١) وقد يكون في محاسبة الدائن لأحد المدينين التضامنين من حصته في الدين نزول ضمنى من التضامن بالنسبة إليه (محكمة مصر الكلية الوطنية ١٩ يناير سنة ١٩٢٩ المجموعة الرسمية ٣١ رقم ١١٥ ص ٢٩٩ — ٣ أكتوبر سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٧ رقم ١٥٦ ص ٣٢٦ — تعليق الأستاذ سليمان مرقس في مجلة القانون والاقتصاد ٧ ص ٦٥٩) . حل أن هذا النزول الضمني لا يستخلص حتماً ، وقد قضت محكمة مصر الكلية الوطنية بأنه إذا طالب أحد المدينين التضامنين بحصته في الدين وتخالص منه عنها على هذا الوجه ، فليس في ذلك تنازل عن التضامن مجرد أن المدين قد دفع حصته في الدين ، إذ أنه يبقى مع ذلك التزامه بحصته وكلياً من باقي المدينين وهو التزام يجوز للدائن الرجوع به عليه حتى قبل أن يجرد باقي المدينين من ما لهم (٣٠ مارس سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٦ رقم ٤٤٦ ص ٩٦٨) .

(٢) قارن في تعيين حصة المدين المبرأ من التضامن بالنسبة إلى الدائن الأستاذ عبد الحى حجازى ١ ص ٢٣٦ — ص ٢٣٧ .

(٣) انظر في اضطراب نصوص التفتين المدنى الفرنسى في هذه المسألة وتضارب آراء الفقهاء الفرنسيين في تفسير المادة ١٢١٠ من هـلا التفتين يودرى وبارد ٢ فقرة ١٢٧٠ — فقرة ١٢٨٢ — بلانويول وريبير وجايول ٧ فقرة ١٠٧٨ ص ٤٤٧ وقررة ١٠٩٥ .

التضامن بتصيبه في حصة المعسر (١). كل هذا ما لم يتضح أن الدائن عندما أبرأ المدين من التضامن أراد أن يخليه من كل مسئولية عن الدين فيما عدا حصته منه ، فعندئذ ذلك يتحمل الدائن نفسه نصيب هذا المدين في حصة المعسر ، ولا يرجع على المدين المוסر إلا بمائة وخمسين (٢).

ويلاحظ أن الإبراء تصرف قانوني كالتجديد ، ومن ثم يتسع فيهما ، كما رأينا ، أن تنجى الإرادة إلى نيات مختلفة . فيقف المشرع عند إحدى هذه النيات يفترض وجودها ، إلا إذا قام الدليل على وجود نية أخرى . وهذا بخلاف أسباب الانقضاء الأخرى — المقاصة واتحاد الذمة واستحالة التنفيذ والتقدم — فهذه كلها وقائع مادية لا تتسع إلا لحكم واحد لا يتغير ، كما رأينا في المقاصة واتحاد الذمة واستحالة التنفيذ ، وكما سنرى في التقدم (٣).

(١) وإذا أبرأ الدائن أحد المدينين المتضامنين من التضامن ، وعندما أراد الرجوع على باقى المدينين وجدهم جميعاً معسرين ، فانه يستطيع الرجوع على المدين الذى أبرأه من التضامن بكل الدين ، فإن هذا المدين بعد أبرائه من التضامن يلتزم بدفع حصته من الدين ، ثم يلتزم بدفع الباقي على أساس أنه يتحمل حصص المعسرين (ديمولوب ٢٦ فقرة ٤٤٠ — كولىه دى سانتير ٥ فقرة ١٥٠ مكررة ثالثاً — بودى وبارد ٢ فقرة ١٢٦٣) .

(٢) انظر في اختلاف الآراء في الفقه الفرنسى في هذه المسألة لعدم وضوح نص المادة ١٢١٥ من التتقين المدنى الفرنسى بودى وبارد ٢ فقرة ١٢٦٢ — فقرة ١٢٦٥ . وانظر في المادتين ١٢١١ و ١٢١٢ من التتقين المدنى الفرنسى وهما يضممان قرائن قانونية على وقوع الإبراء من الدائن بودى وبارد ٢ فقرة ١٢٨٣ — فقرة ١٢٨٨ — بلانيول وويير وجابول ٧ فقرة ١٠٩٧ — ولا محل لتطبيق هذه القرائن للقانونية في مصر ، فإن القرينة لابد فيها من نص ولم يورد التتقين المدنى المصرى هذه النصوص ، فالقرينة على الإبراء في القانون المصرى لا تكون إلا قضائية (قارن المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٧٨ — ص ٧٩) .

(٣) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى في صدد الإبراء ما يأتى : « إذا أبرأ الدائن أحد المدينين المتضامنين ، استتبع ذلك براءة ذمته من الدين ، أما الباقيون فلا تبرأ ذمتهم إلا إذا أعلن الدائن ذلك . فإن لم يفعل ، يبق كل منهم ملزماً بأداء الدين بأسره بعد استئصال حصة من أبرئه . بيد أن للدائن أن يرجع ونحو ذلك على كل من المدينين المتضامنين بكل الدين إذا احتفظ لنفسه بهذا الحق ، ويكون لمن يقوم بالوفاء عن هؤلاء المدينين في هذه الحالة حتى الرجوع على من أبرئه بحصته في الدين . ويستخلص مما تقدم أن ثمة قرينتين : (الأولى) قرينة انصراف إرادة الدائن إلى عدم إبراء سائر المدينين ، ما لم يعلن خلاف ذلك . (والثانية) قرينة —

١٩٤ - التقادم : تنص الفقرة الأولى من المادة ٢٩٢ من التقنين

المدين على ما يأتي :

« إذا انقضى الدين بالتقادم بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامنين ، فلا يستفيد من ذلك باقي المدينين إلا بقدر حصة هذا المدين (١) » .

انصرف إرادة الدائن إلى إبراء ذمتهم من حصة المدين الذي صدر الإبراء لصالحه ، ما لم يحتفظ لنفسه بحق الرجوع بحملة الدين . أما إذا اقتصر الدائن على إبراء أحد المدينين المتضامنين من التضامن ، فلا ينقض هذا الإبراء قرينة على أن نيته قد انصرفت إلى إبراء ذمة الباقيين من حصة من أبرئه . وهل ذلك يكون الدائن أن يرجع على كل من هؤلاء المدينين بحملة الدين ، ما لم يصرح أنه أبرأ ذمتهم من حصة من صدر الإبراء لصالحه . ولا يجوز له في أي حال أن يرجع على من أبرئه من التضامن إلا بقدر حصته في الدين ويستخلص مما تقدم أن الدائن إذا أبرأ أحد المدينين المتضامنين من الدين أو من التضامن ، فله أن يرجع على كل من الباقيين بكل الدين ، بعد استئصال حصة من أبرئه أو دون استئصال هذه الحصة ، ولا يكون لمن يقوم بالوفاء من المدينين بحملة الدين بعد استئصال حصة المدين الذي أبرأه الدائن أن يرجع بشئ على هذا المدين ، ولكن يثبت له حق الرجوع عليه بحصته لو أنه قام بالوفاء بحملة الدين دون أن يستئزل تلك الحصة . فلو فرض مثلاً أن مدينين أربعة التزموا على وجه التضامن بالوفاء بدين قدره ١٢٠٠ جنيه ، وأن دانتهم أبرأ أحدهم من الدين أو من التضامن ، فلهذا الدائن أن يرجع على كل من الثلاثة الباقيين بمبلغ ٩٠٠ جنيه أو بمبلغ ١٢٠٠ جنيه على حسب الأحوال . فإذا اقتصر أحد هؤلاء الثلاثة على الوفاء بمبلغ ٩٠٠ جنيه ، فليس له الرجوع بشئ على من أبرئه . أما إذا أدى مبلغ ١٢٠٠ جنيه ، فله أن يرجع عليه بمبلغ ٣٠٠ جنيه . وله أن يرجع ، في كلتا الحالتين ، على كل من المدينين الآخرين بمبلغ ٣٠٠ جنيه . ولو فرض أن أحد هذين المدينين مصر لا مال له ، فلا يكون لمن قام بالوفاء إلا أن يرجع على المدين المورس ، وفي هذه الحالة يتحمل من أبرئه من المدينين ، سواء ألتزم بأداء مبلغ ٣٠٠ جنيه أم رثت ذمته براءة تامة ، نصيبه في ثبته هذا الإحصار ، فيؤدي فضلاً عن حصته في الدين (مبلغ ٣٠٠ جنيه) مبلغ ١٠٠ جنيه عند الاقتضاء وهو نصيبه في حصة المورس . على أن هذا الحكم لا يبدو أن يكون مجرد تعبير لنية المتضامنين ، فهو يقوم على قرينة يجوز نقض دلائلها بأبواب العكس . فإذا أثبت من أبرئه من المدينين أن إرادة الدائن قد انصرفت إلى إبرائه من كل مسؤوليته عن الدين ، تحمل الدائن نصيب هذا المدين في ثبته إحصار من مصر من المدينين المتضامنين : وهو مبلغ ١٠٠ جنيه في الفرض الذي تقدمت الإشارة إليه » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٧٨ - ص ٨٠) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في الفقرة الأولى من المادة ١٦٦ من المشروع التمهيدي

على الوجه الآتي : « إذا انقضى الدين بالنسبة لأحد المدينين المتضامنين بسبب التقادم ، فلا يستفيد من ذلك باقي المدينين . على أنه إذا أجبر أحد المدينين على وفاء الدين ، كان له حق الرجوع على الباقيين ، حتى من انقضى التزامه بالتقادم » . وفي لجنة المراجعة عدل النص تديلاً -

ويمكن أن تنصور انقضاء الدين بالتقادم بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامنين دون الآخرين في فروض مختلفة . من ذلك أن يكون الدائن قد قطع التقادم بالنسبة إلى المدينين المتضامنين ما عدا واحداً منهم أغفل أن يقطع التقادم بالنسبة إليه ، وسرى أن قطع التقادم بالنسبة إلى بعض المدينين المتضامنين لا يعتبر قطعاً للتقادم بالنسبة إلى الآخرين . فيستمر التقادم في سريانه بالنسبة إلى هذا المدين ، وقد يكتمل دون أن يكتمل التقادم الذي انقطع بالنسبة إلى المدينين الآخرين . ومن ذلك أيضاً أن يكون أحد المدينين المتضامنين دينه مؤجل ، والثاني دينه معلق على شرط ، والثالث منجز ، فلا يسرى التقادم بالنسبة إلى الأولين إلا

— جعل حكمه متفقاً مع الأحكام الأخرى الخاصة بأسباب انقضاء الالتزام، وأصبح مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وصار رقم ١/٢٠٤ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ١/٢٩٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٨٢ و ص ٨٤ — ص ٨٥) .

ولم يرد لهذا النص مقابل في التقنين المدني السابق ، ولكنه لما لم يكن إلا تقريراً لعبداً العام الذي أخذ به هذا التقنين ، فقد كان يمكن العمل به في عهده . وكانت المادة ٢٧١/٢٠٧ من التقنين المدني السابق تنص على ما يأتي : « إذا ترك أحد المدينين المتضامنين أو المدين الأصلي حقه في التسك بمضى المدة الموجب لتخلصه من الدين ، فلا يضر ذلك بباقي المدينين المتضامنين وبالكفيل الذين تخلصوا من التزاماتهم بمضى المدة » . وهذا الحكم ، كما سرى ، يمكن الأخط به في عهد التقنين المدني الجديد ، فهو موافق للبدأ العام المقرر في هذا التقنين .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ١/٢٩٢ (وهي مطابقة) — وفي التقنين المدني الليبي المادة ١/٢٧٩ (وهي مطابقة) — وفي التقنين المدني العراقي المادة ١/٣٢٩ ونصها كالآتي : « إذا كانت دعوى الدين بالنسبة لأحد المدينين المتضامنين لا يجرى سماعها بسبب التقادم ، استفاد من ذلك باقي المدينين بقدر حصة المدين الذي لا يجرى سماع الدعوى ضده » (وحكم هذا النص موافق لحكم التقنين المصري) — وفي تقنين الموجبات والمقرود اللبناني المادة ٣٤٧ ونصها كالآتي : « يحق لكل مدين متضامن ولكفيل الإدلاء بمرور الزمن تجاه الدائن ، كما يحق لدائن آخر المدينون أن يدل به على الطريقة غير المباشرة » (ولم يبين النص في وضوح الحكم فيما إذا تسك أحد المدينين المتضامنين بالتقادم الذي تم لمصلحة مدين آخر . ولكن يظهر من نص المادة ٣٦١ — وتنص على « أن حكم مرور الزمن لا يقتصر على إسقاط حق الدائن في إقامة الدعوى ، بل يسقط أيضاً الموجب نفسه ، فلا يمكن بعد ذلك الاستفادة منه بوجه من الوجوه ، لا بإقامة دعوى ولا بتقديم دفع » — أن التقادم يبرئ ذمة باقي المدينين المتضامنين ، وإن كان الأمر غير واضح وضوحاً كافياً . فإن صح هذا التفسير ، فإن التقنين اللبناني يختلف حكمه في هذه المسألة من حكم التقنين المصري) .

بعد حلول الأجل وإلا بعد تحقق الشرط ، ويسرى التقادم فوراً بالنسبة إلى الثالث فيكتمل في وقت لم يكتمل فيه بالنسبة إلى الأولين .

فاذا وقع ذلك ، وانقضى الدين بالتقادم بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامنين دون أن ينقضى بالنسبة إلى الآخرين ، فإن الدائن لا يستطيع أن يطالب من انقضى دينه بالتقادم بشيء بعد انقضاء دينه . ولكن يستطيع مطالبة أياً من المدينين الآخرين الذين لم ينقض دينهم بالدين بعد أن يستنزل منه حصة المدين الذي انقضى دينه بالتقادم . ففي المثل السابق - الدين ثلثة والمدينون المتضامنون ثلاثة حصصهم متساوية - إذا انقضى دين الأول بالتقادم ، فإن الدائن يرجع على أى من المدينين الآخرين بمائتين ، ومن دفع منهما المائتين يرجع على الآخر بمائة وهي حصته في الدين (١).

فاذا كان من دفع المائتين عند رجوعه على الآخر بالمائة وجده معسراً ، فانه يرجع على المدين الذي انقضى دينه بالتقادم بتصيبه في حصة المدين المعسر ، أى يرجع عليه بمخمسين ، ويتحمل هو في النهاية مائة وخمسين هي حصته في الدين أصيبف إليها نصيبه هو في حصة المدين المعسر . ولا يعترض على هذا

(١) أما في القانون الفرنسى فن الفقهاء من يذهب إلى هذا الرأى (كولييه دي سانتير ١٤٢ مكررة خامساً - لوران ١٧ فقرة ٣٣٥) ، ومنهم من يذهب إلى أن المدين المتضامن يحجب بالتقادم الذى اكتمل بالنسبة إلى مدين غيره ، لا يقدر حصة هذا المدين فحسب ، بل بكل الدين ، تجبراً ذمة المدينين جميعاً إذا اكتمل التقادم بالنسبة إلى أحدهم ولو لم يتكامل بالنسبة إلى الآخرين (ديمولوب ٢٦ فقرة ٤١٣ - فقرة ٤١٤ - بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢٥٢ - فقرة ١٢٥٣) .

ويجب التمسك بالتقادم ، إما من المدين الذى انقضى دينه به ، وإما من مدين آخر إذا بدأ الدائن بالرجوع عليه قبل الأول (الأستاذ عبد الحى حجازى ١ ص ٢٣٩ - الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ٢٠٢ ص ٢٨٧) . وإذا انقضى الدين بالتقادم بالنسبة إلى الجميع ، ثم لم يتمسك أحدهم به أو نزل عنه ، فسرى (انظر مايل فقرة ١٩٦) أن ذلك لا يضر بالآخرين (انظر أيضاً المادة ٢٧١/٢٠٧ من التفتين المدين السابق - وانظر الأستاذ عبد الحى حجازى ١ ص ٢٣٩) . كذلك إذا اكتمل التقادم لأحد المدينين ، ورجع الدائن على مدين غيره فلم يتمسك هذا بالتقادم ليستنزل حصة المدين الذى تقدم دينه ، بل دفع الدين كله ، فليس له أن يرجع على المدين الذى تقدم دينه بحصته في الدين (الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام ص ٢٨٧ هامش رقم ٢) .

الحكم بأن المدين الذى انقضى دينه بالتقادم لا يجوز الرجوع عليه بشئ بعد أن انقضى دينه ، ذلك لأن المدين الذى دفع المائتين لا يرجع عليه بالمدين القديم الذى انقضى بالتقادم ، وإنما يرجع عليه بدعوى الوكالة أو الفضالة كما سئرى ، وهذه الدعوى لا يبدأ سريان التقادم بالنسبة إليها إلا من وقت دفع المائتين . ونرى من ذلك أن المدين الذى انقضى دينه بالتقادم ، إذا هو أمن مطالبة الدائن له ، فانه لا يأمن رجوع مدين آخر يطالبه بنصيبه فى حصة مدين معسر ، ولا يستطيع أن يتخلص من هذه المطالبة بالرغم من تقادم دينه الأصلى .

§ ٣ - الآثار الثانوية للتضامن بين المدينين

١٩٥ - المبدأ العام : قلنا أن للتضامن آثاراً ثانوية (*effets secondaires*) ترجع الى قيام نيابة تبادلية بين المدينين المتضامنين ، بموجها يكون كل مدين متضامن ممثلاً للآخرين ونائباً عنهم فيما ينفعهم لافياً بضرهم (١).

(١) أما فى فرنسا فالنيابة التبادلية ما بين المدينين المتضامنين كانت معروفة منذ عهد القانون الفرنسى القديم ، قال بها ديمولان ويوتيه من بعده ، ثم تبهما فى ذلك فقهاء القانون الفرنسى الحديث . والنيابة التبادلية ، كما هى مفهومة فى فرنسا فى العصر الحاضر ، وكما كانت مفهومة فى مصر فى عهد التقنين المدنى السابق تبعاً لفقهاء الفرنسى ، تقضى بأن كل مدين يمثل سائر المدينين المتضامنين فيما يحفظ الالتزام ، وفيما يستتبعه ، لا فيما يزيد من عبئه (*ad conservandam vel perpetuandum, non ad augendam*) . ومن ثم يكون إمدار أحد المدينين المتضامنين إمداراً بالبقين ، وتكون مطالبته القضائية مطالبة الباقين ، ويكون قطع التقادم بالنسبة إليه قطعاً لتقادم بالنسبة إلى الباقين ، ويكون الحكم عليه حكماً على الباقين ، وفى هذا كله مثل المدين المتضامن سائر المدينين فيما يضر وإن كان لا يزيد من عبئه الالتزام . على أن من يراجع نصوص التقنين المدنى الفرنسى فى التضامن ، وقضارب آراء الفقهاء فى تفسيرها ، يدرك أن هذه النصوص لم تتناولها وحدة دقيقة من منطق منسجم . انظر فى هذا المعنى بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢١٣ - بلايول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٨٣ ص ٤٥٤ - ص ٤٥٥ . وقد ألزم التقنين المدنى المصرى الجديد فى نصوصه التى أوردها فى هذا الموضوع الحام ، كما سئرى ، هذه الوحدة الدقيقة ، ولم يجد منها فى أى نص ، إذ جعل النيابة التبادلية تقوم فى جميع الأحوال فيما ينفع سائر المدينين المتضامنين لا فيما يضرهم ، فتمحفت هذه النيابة لمصلحة المدينين .

وينبغي دى ياج إلى أن فكرة النيابة التبادلية فى القانون الفرنسى تهدف إلى غرض عمل محض ، هو تقوية التضامن وجعله ينتج أبعد الآثار لمصلحة الدائن ، فيستطيع هذا بإجراء -

وقد طبق التقنين المدني هذا المبدأ العام تطبيقاتاً تشريعية مختلفة :

(١) فإذا انقطعت مدة التقادم أو وقف سريانه بالنسبة الى أحد المدينين المتضامنين ، لم يضر ذلك بباقي المدينين ولم يجوز للدائن أن يتمسك بقطع التقادم أو بوقفه قبلهم .

(٢) وإذا ارتكب أحد المدينين المتضامنين خطأ في تنفيذ التزامه يستوجب مسؤوليته ، لم يضر ذلك بباقي المدينين .

= يتخذ قبل مدين واحد أن يحدث الآثار التي تنتج فيما لو اتخذ هذا الإجراء قبل جميع المدينين (دى باج ٣ فقرة ٣٥٨ ص ٣٢٧) . وإذا أخذنا هذا الرأي ، تبين أن فكرة النيابة التبادلية في فرنسا إنما هي لتقوية ضمان الدائن ، أما في مصر فقد أصبحت في عهد التقنين المدني الجديد متمسكة لمصلحة المدينين (انظر الأستاذ اسماعيل خانم في أحكام الالتزام فقرة ٢٠٣ ص ٢٩٠) . ويستعرض بودرى وبارد التقنينات الأجنبية المختلفة ، فيما يتعلق بآثار التضامن ، ليقارن فيما بينها . فبعضها يسجر على فرار التقنين الفرنسي ، كما هي الحال في التقنين البرتغالي وفي التقنين الشيلي وفي التقنين المصري السابق . وبعضها يوسع في آثار التضامن ويزيد فيها على التقنين الفرنسي ، كما فعل التقنين الأسباني إذ جعل سائر المدينين المتضامنين مسؤولين عن خطأ أحدهم ، وكما فعل التقنين الأرجنتيني إذ جعل اتحاد الذمة يقضى الدين كله بالنسبة إلى جميع المدينين ، وكما فعل التقنين الإيطالي السابق إذ جعل كل مدين يحجب بقدر حصه في الدين بالمقاصة التي وقعت لأحد منهم . وبعضها يضيق من آثار التضامن ، وقد فعل ذلك بنوع خاص التقنين الألماني . ففي هذا التقنين لا أثر للتضامن إلا فيما يتعلق بالوفاء والوفاء بمقابل والمقاصة ، أما الإعذار والخطأ واستحالة التنفيذ والتضادم وقطعه ووقفه واتحاد الذمة والحكم فلا أثر للتضامن فيها . فالتقنين الألماني يستبعد فكرة النيابة التبادلية ويضيق كثيراً من الآثار الأخرى للتضامن ، ولكنه من جهة أخرى يوسع من حالاته : فالتضامن يفترض في العقد ، وورثة متضامنون في تنفيذ التزامات المورث . ويتضح من ذلك ألا محل في التقنين الألماني للتمييز بين التضامن الكامل والتضامن الناقص ، ما دامت فكرة النيابة التبادلية، وهي التي تميز بين النوعين ، قد استبعدت . والتقنين السويسري يقرر أن المدين المتضامن لا يستطيع بمفرده أن يسوئ مركز المدينين الآخرين ، فطالبة أحد المدينين بالفوائد لا يجعلها تسرى في حق الآخرين ، ولكن قطع التقادم بالنسبة إلى أحد المدينين يقطعه بالنسبة إلى الباقين لتوق مضاعفة مصروفات قطع التقادم . ويوسع التقنين السويسري هو أيضاً من حالات التضامن ، فالوكلاء وحافظو الوديمة متضامنون إذا تمددوا ، ولكنه لا يفترض التضامن في العقد بوجه عام (انظر في كل ذلك بودرى وبارد ٢ فقرة ١٣٠٧ فقرة ١٣١١ — وانظر في المقارنة بين التقنين الفرنسي والتقنين الألماني بلانويل وديري وجابول ٧ فقرة ١٠٨٨) .

(٣) وإذا أعتذر الدائن أحد المدينين المتضامنين أو طالبه مطالبة قضائية ، لم يضر ذلك للمدينين الآخرين ، ولم ينتج الإعتذار أو المطالبة القضائية أثر^٢ بالنسبة إليهم . لكن إذا أعتذر أحد المدينين المتضامنين الدائن ، نفع هذا باقئهم وأفادوا من هذا الإعتذار .

(٤) وإذا تصالح الدائن مع أحد المدينين المتضامنين وتضمن الصلح الإبراء من الدين أو براءة النعمة منه بأية وسيلة أخرى أو أى نفع للمدين ، أفاد الباقيون من ذلك . أما إذا كان من شأن هذا الصلح أن يرتب في ذمة المدين التزاماً جديداً أو يزيد فيما هو ملتزم به أو يسوى مركزه على أية صورة من الصور ، فإن هذا الصلح لا يضر الباقيين ولا ينفذ في حقهم إلا إذا قبلوه .

(٥) وإذا أقر أحد المدينين المتضامنين بالدين ، لم يضر هذا الإقرار بباقي المدينين واقتصرت حججته على المقر دون أن تسرى في حق الباقيين . أما إذا أقر الدائن لأحد المدينين المتضامنين ، أفاد الباقيون من إقراره .

(٦) وإذا وجه الدائن اليمين إلى أحد المدينين المتضامنين دون غيره فحلف ، أفاد باقي المدينين من ذلك . أما إذا نكل ، لم يضار بنكوله الباقيون . كذلك إذا وجه أحد المدينين المتضامنين اليمين إلى الدائن فحلف ، لم يضار بذلك باقي المدينين . أما إذا نكل ، أفاد من نكوله الباقيون .

(٧) وإذا صدر حكم على أحد المدينين المتضامنين ، لم يسر هذا الحكم في حق الباقيين ولم يمتنع به عليهم . أما إذا صدر الحكم لصالح أحدهم ، أفاد الباقيون منه ، إلا إذا كان الحكم مبنياً على سبب خاص بالمدين الذى صدر الحكم لصالحه (١) .

هذه هي التطبيقات التشريعية للمبدأ العام السالف الذكر ، نستعرضها على التعاقب تفصيلاً فيما يلى . وقد سبقت الإشارة إلى أن هذه الآثار الثانوية للتضامن السلبى لا تحدث فيما أسميناه بالالتزام التضامنى (obligation in solidum) ، ففى هذا الالتزام لا تكون هناك نيابة تبادلية بين المدينين المتعددين ، إذ لا توجد

(١) انظر المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٨٢ .

رابطة مشتركة بينهم أكثر من أن كلا منهم ملين بنفس الدين . فإذا أعلن أحدهم الدائن لم يفد الباقي من ذلك ، وإذا أعلن الدائن أحدهم لم يسر الإحذار في حق الباقي . وإذا أقر الدائن لأحدهم لم يفد الباقي من الإقرار ، وإذا أقر أحدهم للدائن لم يسر الإقرار في حق الباقي . وكل مثل ذلك في سائر الآثار الثانوية .

١٩٦ - انقطاع التقادم أو وقف بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامنين :

تنص الفقرة الثانية من المادة ٢٩٢ من التقنين المدني على ما يأتي :

« وإذا انقطعت مدة التقادم أو وقف سرياته بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامنين ، فلا يجوز للدائن أن يتمسك بذلك قبل باقي المدينين (١) » .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في الفقرة الثانية لمادة ٤١٦ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم المادة ٢/٣٠٤ من المشروع التام . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم المادة ٢/٢٩٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٨٢ وص ٨٤ — ص ٨٥) . ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ١١٠/١٦٦ ، ونصها ما يأتي : « مطالبة أحد المدينين المتضامنين مطالبة رسمية وإقامة الدعوى عليه بالدين يسريان على باقي المدينين » . وقد كتبنا في الموجز في عهد التقنين المدني السابق في هذا الصدد ما يأتي : « والفكرة الأخرى الجوهرية في علاقة المدينين المتضامنين بعضهم بالبعض الآخر هي النيابة التبادلية . فكل مدين نائب عن بقية المدينين فيما لا يزيد من حبه الالتزام . وإلى هذا تشير المادتان ١١١/١٦٦ : لا يجوز لأحد المدينين المتضامنين أن يتفرد بفعل ما يوجب الزيادة على ما ألزم به باقي المدينين . فإذا كان الدين غير قابل للتحويل ، وقبل تحويله أحد المدينين المتضامنين ، فلا يسرى هذا القبول على المدينين الآخرين ، إذ لا نيابة فيما يزيد حبه الالتزام . كذلك إذا قبل أحد المدينين المتضامنين أن يدفع فوائد لم يكن ملزماً بدفعها ، أو أن يزيد في الفوائد التي ألزم بدفعها ، فإن هذه الزيادة في حبه الدين لا تسرى في حق المدينين الآخرين . أما في حدود الالتزام ، فكل مدين نائب عن المدينين الآخرين ، وتترتب على هذه النيابة التبادلية النتائج الآتية : (١) إضمار الدائن لأحد المدينين المتضامنين يعتبر إضماراً لباقيين ، وتنتوله آثار الإحذار بالنسبة لجميع المدينين المتضامنين ، بما في ذلك التفاوض من التأخر وضمان الهلاك . (٢) مطالبة الدائن لأحد المدينين المتضامنين مطالبة قضائية تعتبر مطالبة لباقي ، وتنتوله آثار المطالبة القضائية بالنسبة لجميع المدينين المتضامنين ، بما في ذلك قطع سريان التقادم واستحقاق الفوائد . وإلى هاتين النتيجةين تشير المادتان ١١٠/١٦٦ : مطالبة أحد المدينين المتضامنين مطالبة رسمية وإقامة الدعوى عليه بالدين =

قد يقطع الدائن التقادم بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامنين ، بأن يطالبه بالدين مطالبة قضائية أو يرسل إليه تنبيهاً (commandement) أو يوقع عليه

— يريان على باقي المدينين (٣) الحكم على أحد المدينين المتضامنين حكم على الباقي ، ألا إذا ثبت أن المدين المحكوم عليه متواطىء مع الدائن أو أنه أهمل في الدفاع عن حقه أو ثبت أن أحد المدينين غير المحكوم عليهم عنده دفع خاص به . ومن باب أول إذا صدر الحكم لصالح أحد المدينين المتضامنين ، استفاد منه الباقي ، وقد رأينا تطبيق هذا المبدأ في تضامن الدائنين . فالقاعدة إذن أن المدين المتضامن أو الدائن المتضامن يمثل شركائه المتضامنين معه في الدعوى التي يدخل طرفاً فيها ، فإذا حكم له أو عليه تملأ أثر هذا الحكم إلى شركائه بفضل هذه النيابة التبادلية . إلا أن هؤلاء الشركاء يستطيعون أن يدفعوا عنهم أثر حكم لم يصدر لصالحهم ، إذا أثجروا أن شركائهم الذين دخل طرفاً في الدعوى قد تواطأ مع من صدر الحكم لمصلحته ، أو أنه أهمل في الدفاع عن حقه ، ويستطيع أحد الشركاء كذلك أن يدفع عنه أثر الحكم إذا ثبت أن عنده دفوعاً خاصة به من شأنها أن تحول الحكم لمصلحته . ومعنى أن الحكم على أحد المدينين المتضامنين أوله حكم على الباقي أولم أن هذا الحكم يكون حجة عليهم أو لهم ، وليس مناه أن المدين المتضامن الذي لم يكن طرفاً في الدعوى يتخذ عليه أو يتخذ بمقتضى هذا الحكم . وإذا صدر الحكم لصالح الدائن في مواجهة جميع المدينين المتضامنين فإن المعارضة أو الاستئناف أو التفض الذي يرفعه أحد هؤلاء المدينين يفيد الباقيين حتى لو لم يطنوا في الحكم بأنفسهم (الموجز للمؤلف فقرة ٥١٠) — انظر أيضاً المذكرة الإيضاحية للمشروع المجهدي في مجموعة الأعمال التفسيرية ٣ ص ٨٣ .

ويتبين مما قدمناه أن التقنين المذفي السابق كان يتضمن مبدأ يقضي بالنيابة التبادلية ما بين المدينين المتضامنين والدائنين المتضامنين لا فيما ينفع فحسب ، بل أيضاً فيما يضر ، إلا إذا كان في ذلك زيادة في عبء الدين كأن تزيد فوائده أو أن يصبح قابلاً للتحويل (استئناف أهل ١٧ مارس سنة ١٩١٥ الفرائع ٢ ص ٢١٨ — استئناف مصر ٣١ مارس سنة ١٩٤٣ المجموعة الرسمية ٤٣ رقم ٢٢١) . أما ما ينتج من الآثار من الإحذار والمطالبة القضائية ، كاستحقاق التصرف وتحويل ثبوت الهلاك وريان الفوائد وقطع التقادم ، فهذا كله لا يعتبر زيادة في عبء الدين ، إذ هو من النتائج الطبيعية للدين ذاته ، وهو وإن كان ضاراً بالمدينين المتضامنين الآخرين إلا أنه يسرى في حقهم بمقتضى هذه النيابة التبادلية فيما ينفع وفيما يضر إلا ما يزيد في عبء الدين . وقد جرى التقنين المذفي السابق في كل هذا الفقه الفرنسي ، كما بينا فيما تقدم .

ويضح من ذلك أن الآثار الثانوية للتضامن — وهي التي نحن بصدها — يختلف فيها التقنين السابق من التقنين الجديد . ففي التقنين السابق ، قطع التقادم ووقفه في حق أحد المدينين المتضامنين يكون قطعاً لتقادم ووقفاً له في حق الآخرين ، وإطار أحد المدينين المتضامنين أو مطالبة قضائية يسرى في حق المدينين الآخرين ، وكذلك يصح بالحكم الصادر في مواجهة أحد المدينين المتضامنين وبالأجراءات الصحيحة المتخذة قبله على الباقيين (استئناف مصر ١٥ يونيو سنة ١٩٣١ الأحكام ١٢ رقم ٢٥٨ ص ٥٢٤ — المجلة ٤ يناير سنة ١٩٣٩ . —

حجزاً أو يحصل منه على إقرار بالدين أو يقوم بأى عمل آخر من الأعمال التي تقطع التقادم (م ٣٨٣ — ٣٨٤ مدنى) . ولما كان هذا المدين لا يمثل باقى المدينين ولا ينوب عنهم فى الأعمال التي تفرض بهم ، وكان قطع التقادم ضاراً بهم إذ أن من مصلحتهم أن يستمر التقادم فى سريانه ولا يتقطع ، فإن التقادم فى هذه الحالة لا يتقطع إلا بالنسبة إلى المدين الذى قطع الدائن التقادم معه وحده ، ويستمر التقادم سارياً بالنسبة إلى الباقي حتى يكتمل . ومن ثم جاز أن يكتمل التقادم فى حق بعض المدينين المتضامنين دون أن يكتمل فى حق بعض آخر ، كما رأينا فيما تقدم . ومن أجل ذلك أيضاً إذا أراد الدائن أن يقطع التقادم فى حق جميع المدينين المتضامنين ، وجب عليه أن يتخذ إجراء قطع التقادم بالنسبة إلى كل منهم

= المجموعة الرسمية ٤١ رقم ١٧٦ — استئناف مخطط ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٠٨ م ٢١ ص ٣٣ — ٦ أبريل سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٢٤٩ — ١٠ نوفمبر سنة ١٩١٩ جازيت ١٠ رقم ٨٥ ص ٨٨ — ٢٧ أبريل سنة ١٩٢٢ جازيت ١٢ رقم ١٩٣ ص ٣٣٥ — ١٧ نوفمبر سنة ١٩٢٢ م ٤٥ ص ٢٩ — ١٦ مارس سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ١٤٦ — ٤ مايو سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢٧٨ . ولكن انظر عكس ذلك : استئناف مصر ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ٤٩١ ص ١١٦٢ — استئناف أسبوط ١٠ ديسمبر سنة ١٩٤٢ المجموعة الرسمية ٤٣ رقم ١١٣) .

وفىما استحدثته التفتين الجديد من أحكام فى هذا الشأن لا يبرى هذا التفتين بأثر رجعى ، فتبقى أحكام التفتين السابق سارية على الالتزامات التضامنية التي نشأت قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، ولو صدر الإعذار أو وقتت المطالبة القضائية أو قطع التقادم أو صدر الحكم بعد هذا التاريخ ، إذ العبارة بتاريخ نشوء الالتزام التضامنى ، فهو ينشأ خاصاً للنظام القانونى الذى كان سارياً وقت نشوئه .

ويقابل نص المادة ٢/٢٩٢ من التفتين المدنى المصرى الجديد فى التفتينات المدنية العربية الأخرى :

فى التفتين المدنى السوري المادة ٢/٢٩٢ (وهى مطابقة) .

وفى التفتين المدنى الليبى المادة ٢/٢٧٩ (وهى مطابقة) .

وفى التفتين المدنى العراقى المادة ٢/٣٢٩ (وهى مطابقة) .

وفى تفتين الموجبات والمقود البنائى المادة ٣/٣٦ و٣/٣٧ ، وتجريان على الوجه الآتى :

إن الأسباب التي توقف حكم مرور الزمن يمكن إيقاؤها شخصية ومختصة بأحد الدائنين . ولكن الأسباب التي تقطع مرور الزمن بالنظر إلى أحد المدينين المتضامنين تقطعه أيضاً بالنظر إلى الآخرين — ويختلف التفتين البنائى ، كما نرى ، فى قطع التقادم عن التفتين المصرى . فى التفتين البنائى — كما كان الأمر فى التفتين المصرى السابق وكما هو الأمر الآن فى التفتين الفرنسى — قطع التقادم بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامنين يقطعه بالنسبة إلى الباقين .

حتى ينقطع التقادم في حق الجميع (١). وقد قلنا مثل ذلك في التضامن الإيجابي ولكن بنتيجة عكسية ، فإذا قطع أحد الدائنين المتضامنين التقادم في حق المدين ، أفاد هذا العمل باقي الدائنين ، وانقطع التقادم لمصلحة الجميع (٢) .

وقد يقف التقادم بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامنين دون الباقي . ويتحقق ذلك مثلاً بأن تكون زوجة دائنة لزوجها ومعه مدينون آخرون متضامنون في نفس الدين ، أو بأن يكون قاصر دائناً لوصيه ومع الوصي مدينون آخرون متضامنون . ففي هذه الحالة يقف التقادم بين الزوجة وزوجها لقيام المانع الأدبي (م ١/٣٨٢ مدني) ، وبين القاصر ووصيه لقيام علاقة الأصيل بالنائب (م ١/٣٨٢ مدني) . ولما كان وقف التقادم ضاراً بالمدينين المتضامنين الآخرين ، فإن المدين الذي وقف التقادم في حقه لا يكون ممثلاً للباقيين فيما يضرهم ، ومن ثم لا يقف التقادم في حق المدينين المتضامنين الآخرين وإن وقف في حق الزوج وفي حق الوصي . هذا إلى أن أسباب وقف التقادم متصلة بشخص طرفي الالتزام ، فيقتصر أثرها عليهما . فلا يد إذن من أن يقوم سبب وقف التقادم في حق كل مدين متضامن على حدة ، حتى يقف في حق الجميع . ومن هنا جاز أيضاً أن يكتمل التقادم بالنسبة إلى بعض المدينين المتضامنين ، دون أن يكتمل بالنسبة إلى بعض آخر ، بأن يكون موقوفاً بالنسبة إلى هذا البعض وحده . إما في التضامن الإيجابي ، فقد رأينا أنه إذا قام بأحد الدائنين المتضامنين سبب لوقف التقادم ، فإن التقادم يقف بالنسبة إليه وحده دون مائتي الدائنين المتضامنين ، وإن كان وقف التقادم يقبلهم وكان ينبغي وفقاً للمبدأ العام أن يتعدى أثره إليهم ، ولكن لما كانت أسباب وقف التقادم متصلة بشخص طرفي الالتزام ، فإن الأثر يقتصر على من قام بشخصه سبب الوقف (٣) .

(١) أما في فرنسا قطع التقادم بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامنين يكون قطعاً للتقادم بالنسبة إلى الباقيين (المادة ١٢٠٦ من التقنين المدني الفرنسي وانظر بودرى وبارد ٢ فترة ١٢١٤ — فترة ١٢٢١) . ولكن وقف التقادم بالنسبة إلى أحدهم لا يكون وقفاً له بالنسبة إلى الباقيين (انظر بودرى وبارد ٢ فترة ١٢٢٢ — فترة ١٢٢٣) .

(٢) انظر أنفا فترة ١٤٤ .

(٣) انظر أنفا فترة ١٤٤ .

هذا وقد يقع أن يتمسك بعض المدينين المتضامنين بالتقادم دون بعض آخر ، في غير صورتى انقطاع التقادم ووقفه . إذ يجوز أن يكتمل التقادم بالنسبة إلى جميع المدينين المتضامنين ، ويستطيع كل منهم أن يدفع بسقوط الدين بالتقادم ، ولكن لما كان لا يجوز للمحكمة أن تقضى بالتقادم من تلقاء نفسها بل يجب أن يدفع به المدين (م ٣٨٧ مدني) ، فقد يترك بعض المدينين المتضامنين هذا الدفع فلا يسقط الدين بالتقادم بالنسبة إليهم . وفي هذه الحالة يكون ترك الدفع بالتقادم من بعض المدينين ضاراً بالباقي ، فلا يسرى في حقهم ، ويجوز أن يدفعوا هم بالتقادم بالرغم من ترك الآخرين لهذا الدفع . وقد كان في التقنين المدني السابق نص صريح في هذا المعنى ، وهو يقضى بأنه « إذا ترك أحد المدينين المتضامنين أو المدين الأصلي حقه في التمسك بمضى المدة الموجبة لتخلصه من الدين ، فلا يضر ذلك بباقي المدينين المتضامنين وبالكفيل الذين تخلصوا من التزامهم بمضى المدة » (٢٠٧/٢٢٧ مدني قديم) . ولكن لما كان هذا الحكم ليس إلا تطبيقاً للمبدأ العام السالف الذكر ، فانه واجب التطبيق دون نص في عهد التقنين المدني الجديد (١) .

(١) وإذا كان قطع التقادم بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامنين لا يكون قطعاً له بالنسبة إلى الآخرين ، فن باب أول لا يكون قطع التقادم بالنسبة إلى الكفيل ولو كان متضامناً مع المدين الأصل قطعاً لتقادم بالنسبة إلى المدين الأصل . وهذا الحكم صحيح حتى في عهد التقنين المدني السابق حيث كان قطع التقادم بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامنين قطعاً له بالنسبة إلى الباقي ، وذلك لأن التزام الكفيل — ولو كان متضامناً — التزام تبيى ، فلا يستلزم قطع التقادم بالنسبة إليه قطعه بالنسبة إلى المدين الأصل . وقد قضت محكمة النقض بأن حكم المادة ١١٠ من القانون المدني (السابق) يجرى فيما بين المدينين المتضامنين بعضهم وبعض وفيما بين الكفلاء المتضامنين بعضهم وبعض ، لا فيما بين المدين وكفيله المتضامن معه (نقض مدني ١٧ يناير سنة ١٩٤٦ مجموعة عمره رقم ٢٤ ص ٥٠) . وقضت أيضاً في هذا المعنى بأن ماورد في المادة ١١٠ من القانون المدني (السابق) من أن « مطالبة أحد المدينين المتضامنين مطالبة رسمية وإقامة الدعوى بالدين يسريان على باقي المدينين » هو استثناء من الأصل الذي من مقتضاه أن انقطاع التقادم المترتب على المطالبة الرسمية بالدين لا يمتد أثره من وجه إلى الطلب ، فلا يجوز أن يسرى في حكمه عن طريق القياس بين الكفيل المتضامن ، لأن تضامناً الكفيل مع المدين لا يصير مدينياً أصلياً ، بل يبقى التزامه تبعياً ، وينبئ على كون التزام الكفيل تابعاً لالتزام المدين أنه ينقضى حتماً بانقضاءه ولو كان التقادم قد انقطع بالنسبة إلى الكفيل ، ولا فرق في هذا بين الكفيل المتضامن والكفيل غير المتضامن . وإذا كان الحكم المطعون فيه أسس قضاءه —

١٩٧ - خطأ أحد المدينين المتضامنين في تنفيذ التزامه : تنص الفقرة الأولى من المادة ٢٩٣ مدني على ما يأتي :

« لا يكون المدين المتضامن مسئولاً في تنفيذ الالتزام إلا عن فعله » (١) .
وهذا تطبيق آخر لاستبعاد مبدأ النيابة التبادلية فيما يضر . فالمفروض أن أحد المدينين المتضامنين قد ارتكب خطأ في تنفيذ التزامه جعله مسئولاً عن التعويض أمام الدائن ، فهذا الخطأ يكون هو وحده المسئول عنه ، ولا يتعدى أثره إلى باقي المدينين . بل يكون كل من هؤلاء مسئولاً عن تنفيذ الالتزام تنفيلاً عينيّاً ، دون أن يكون مسئولاً عن التعويض الناشئ عن خطأ المدين المتضامن الذي وقع في هذا الخطأ . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي : « تتمثل في المادة ٤١٧ (م) ٢٩٣ مدني) أوضح

— على أن الدعوى رفعت على الضامن المتضامن وعلى أن رفع الدعوى على الضامن المتضامن يقطع المقام بالنسبة إليه وإلى المدينين على سواء ، كان هذا خطأ في تطبيق القانون (نقض مدني ٢٤ أبريل سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٦٣ ص ٩١٩) . أنظر عكس ذلك : نفس ٣٠ يونيو سنة ١٩٢٩ الجلسة ٩ رقم ٦٠٥ ص ١١١٥ .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في صدر المادة ٤١٧ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة ، وذكر في هذه اللجنة أن المقصود بكلمة « فعله » هو كل فعل يميز إلى أحد المدينين ويسأل عنه هو نفسه دون الآخرين ، متى كان من شأنه زيادة الدين ، تمشياً مع فكرة اقتصار نيابة المدينين عن بعضهم فيما ينفع لا فيما يضر . وأصبحت المادة رقمها ٣٠٥ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٢٩٣ الفقرة الأولى (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٨٦ و ص ٨٧ - ص ٨٨) .

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، ولكن الحكم كان معمولاً به تطبيقاً المبدأ للقاضي بالأنا نيابة فيما يزيد من عبء الالتزام .
ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

في التقنين المدني السوري المادة ١/٢٩٣ (وهي مطابقة) .

وفي التقنين المدني الليبي المادة ١/٢٨٠ (وهي مطابقة) .

وفي التقنين المدني العراقي المادة ٣٣٠ في صدرها (وهي مطابقة) .

وفي تقنين الوجبات والمقود البنائى المادة ٣٨ ، ونجى على الوجه الآق : إن كلا من المدينين المتضامنين مسئول عن عمله فقط في تنفيذ الموجب ، والإنذار الموجه إلى أحدهم لا يبرى مغفوله على الآخرين — وهذا النص مطابق في الحكم لنص التقنين المصرى .

تطبيق من تطبيقات قاعدة استبعاد النسيابة التبادلية حيث يسعى لإعمالها إلى مركز المدينين المتضامين ، والإبقاء عليها حيث يفرض ذلك إلى توفير نفع لهم . فكل مدين من المدينين المتضامين لا يسأل في تنفيذ الالتزام إلا عن قبله ، فاذا وقع من أحدهم خطأ جسيم ، وقع من الثاني خطأ يسير ، وامتنع على الثالث أن يني بالتزامه من جراء سبب أجنبي ، كانت تبعة الأول أشد وقرأ من تبعة الثاني ، وبرت ذمة الثالث وحده . وقد طبقت المادة ١٢٠٥ من التقنين المدني الفرنسي هذا الحكم ، فقضت بأنه إذا هلك الشيء الواجب أدائه بخطأ واحد أو أكثر من المدينين المتضامين ، أو بعد إعدار المستول أو المستولين منهم ، فلا يسقط عن سائر المدينين المتضامين التزامهم بالوفاء بضمن هذا الشيء (١) . ومع ذلك فلا يلزم هؤلاء بالتعويض ، وللدائن فقط أن يقتضى التعويض من المدينين الذين ترتب الهلاك على خطأهم أو الذين أعلنوا من قبل (٢) .

ولتصوير ما ورد في المذكرة الإيضاحية نفرض أن ثلاثة باعوا متضامين شيئاً لمشتري واحد ، فهؤلاء الثلاثة مدينون بالتضامن بتسليم الشيء إلى المشتري . فاذا كان اثنان منهم منوطاً بهما حفظ الشيء إلى وقت تسليمه ، وقصر واحد منهما في حفظه تقصيراً جسيماً حتى هلك ، وقصر الآخر في الحفظ تقصيراً يسيراً ، أما الثالث فلم يكن منوطاً به حفظ الشيء كما قدمنا ، فإن الثلاثة يكونون متضامين في رد الثمن إلى المشتري ، وفقاً لأحكام المادة ٤٣٧ مدني والتي تقضى بأنه إذا هلك البيع قبل التسليم لسبب لا يد للبائع فيه ، انفسخ البيع واسترد المشتري الثمن . ثم إن المدينين اللذين ارتكبا تقصيراً في حفظ الشيء يكونان متضامين في تعويض المشتري ، فوق رد الثمن ، عن التقصير اليسير الذي ارتكبه الثاني منهما . ويكون الأول ، وهو الذي ارتكب الخطأ الجسيم ، مستولاً وحده عن تعويض إضافي

(١) ويلاحظ أن حكم التقنين المدني الفرنسي في هذه المسألة مستند ، لأن البائع لا يتحمل تبعة هلاك المبيع قبل التسليم - كما يتحمل البائع هذه التبعة في مصر - فكان الواجب ألا يكون البائع الذي لم يصدر من جانبه خطأ مستولاً حتى عن رد الثمن . أما في مصر ، فهو مستول من رد الثمن ، بمقتضى تبعة هلاك المبيع . فنص المادة ١٢٠٥ من التقنين المدني الفرنسي هو إذن أنطباقاً على حالة القانون في مصر منه على حالة القانون في فرنسا (انظر آنفاً بقرة ١٨٩ في الهامش) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٨٦ .

بسبب تقصيره الجسيم . ثم إن المشتري إذا رجع على المدين الثالث بكل الثمن ، ورجع على المدين الثاني بكل التعويض الناشئ عن التقصير اليسير ، ورجع على المدين الأول بالتعويض الإضافي الناشئ عن التقصير الجسيم ، فإن المدين الثالث ، ولم يصلر منه أى تقصير ، يرجع بالثمن الذى رده للبائع على المدينين الأول والثاني كل بقلد حصته ، ثم يرجع المدين الثاني على المدين الأول بحصته فى التعويض عن التقصير اليسير ، ولا يرجع المدين الأول بشئ على أحد فى التعويض الإضافي الذى استحق عليه بسبب تقصيره الجسيم ، فهذا فعلة هو فيستقل بنتائجه ، ولا يشترك معه أحد فى المسئولية الناجمة عنه (١) .

وهذا هو أيضا الحكم ، كما رأينا ، فى التضامن الإيجابى . فإذا ارتكب أحد الدائنين المتضامين خطأ ، كان هو وحده المسئول عنه دون سائر الدائنين .

١٩٨ — الإعزاء والمطالبة والفصائية : تنص الفقرة الثانية من المادة

٢٩٣ مدنى على ما يأتى :

« وإذا أعذر الدائن أحد المدينين المتضامين أو قاضاه ، فلا يكون لذلك أثر بالنسبة إلى باقى المدينين . أما إذا أعذر أحد المدينين المتضامين الدائن ، فإن باقى المدينين يستفيدون من هذا الإعذار (٢) » .

(١) وإذا كان المدين الثالث يرد الثمن إلى المشتري ، فإن ذلك لا يرجع إلى أنه ملزم نحو الدائن ببلغ قيمة الشئ دون التعويض — كما ذهب الأستاذ عبد الحى حجازى (١ ص ٢٤٠ — (٢٤١) — وإنما يرجع كما قدمنا إلى أنه بائع يتحمل تبعة هلاك المبيع قبل التسليم ، أى يرجع إلى قاعدة قالونية أخرى لا علاقة لها بقواعد التضامن (قارن الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام ص ٢٩١ هامش رقم ١ — وانظر آنفاً فقرة ١٨٩ فى الهامش فيما يتعلق باستحالة التنفيذ) — ولكن إذا قدر التعويض فى صورة شرط جزائى ، كان المدينون المتضامنون كلهم مسئولين من هذا الشرط الجزائى ، فقد التزموا به جميعاً متضامين من طريق التعاقد ، فهو والمحل الأصل للالتزام فى ذلك سواء (انظر فى هذا المعنى بلايول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٨٤ ص ٤٥٧ — بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٨٣٣ ص ٦١٨) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٤١٧ من المشروع التمهيدى فى حيزها على وجه مطابق لما استقر عليه فى التفتين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم المادة ٣٠٥ فى المشروع التامى ، بيد أن جعل النص فقرتين . ثم وافق عليه مجلس النواب —

وهنا أيضا يضطرد تطبيق المبدأ العام . فإذا أعلن الدائن أحد المدينين المتضامنين ، كان لهذا الإصدار نتائج قانونية بسطناها في الجزء الثاني من الوسيط . منها أن يستحق التعويض على المدين المعلن الذي تخلف عن تنفيذ التزامه ، ومنها أن يتحمل هذا المدين المعلن تبعة هلاك الشيء الواجب التسليم للدائن . ولما كانت هذه النتائج القانونية ضارة بالمدينين المتضامنين الآخرين ، فإن إصدار المدين المتضامن لا يسرى أثره في حقهم . فإذا أعلن الدائن أحد المدينين المتضامنين ، كان هو وحده الذي يحمل تبعة هلاك الشيء ، وكان هو وحده المسئول عن التعويض . أما المدينون الآخرون فلا يسألون عن التعويض ، ولا يحملون تبعة الهلاك . وإذا أراد الدائن أن يحملهم جميعا هذه النتائج ، وجب عليه أن يعلنهم

= فجلس الشيوخ تحت رقم المادة ٢٩٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٨٦ و ص ٨٧ — ص ٨٨) .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ١١٠/١١٦ ، وهذا نصا : « مطالبة أحد المدينين المتضامنين مطالبة رسمية وإقامة الدعوى عليه بالدين يسهان على باقي المدينين » . وقد قلنا أن التقنين المدني السابق يختلف عن التقنين المدني الجديد في آثار الأضرار والمطالبة القضائية في حق أحد المدينين المتضامنين ، فإنها في التقنين السابق تنمى إلى سائر المدينين . وقد سبق تفصيل القول في ذلك (انظر آتفا فقرة ١٩٦ في الملامح) .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٢/٢٩٣ وهي مطابقة — وفي التقنين المدني الليبي ٢/٢٨٠ وهي مطابقة — وفي التقنين المدني العراقي المادة ٣٣٠ (في عجزها) وهي مطابقة — وفي تقنين الموجبات والقيود البنائي المادتين ٣٠ و ٣٨ . وتنص المادة ٣٠ من هذا التقنين على « أن تأخر الدائن (إصداره) بالنظر إلى أحد الموجب عليهم يستفيد من نتائج الآخرين » . وتنص المادة ٣٨ منه على « أن كلا من المدينين المتضامنين مسئول عن عمله فقط في تنفيذ الموجب . والإنذار (الإصدار) الموجه على أحدهم لا يسرى مفعوله على الآخرين » . ويلاحظ أن التقنين البنائي يتفق مع التقنين المصري فيما يتعلق بالإصدار ، في التقنينين إصدار الدائن لأحد المدينين المتضامنين لا أثر له بالنسبة إلى الباقي ، أما إصدار أحد المدينين المتضامنين للدائن فإنه يفيد الباقي . ولكن التقنين البنائي لم يذكر حكم المطالبة القضائية الموجهة من الدائن إلى أحد المدينين المتضامنين ، وهل تقتصر آثارها على هذا المدين فلا تنمى إلى باقي المدينين . ولما كان التقنين البنائي لا يطبق تطبيقاً مضطرباً مبدأ النيابة التبادلية فيما ينفع لا فيما يضر ، فحكم هذه المسألة فيه يقتضي اجتهاداً وإمعاناً في النظر ، لا سيما أن من آثار المطالبة القضائية قطع التقادم ، وقد صرح التقنين البنائي كما رأينا (م ٣/٣٦) بأن قطع التقادم بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامنين يقطع التقادم بالنسبة إلى الباقي ، وهذا الحكم يتعارض مع المبدأ القاضي بأن المدين المتضامن لا يمثل باقي المدينين فيما يضر .

كلهم ، ولا يقتصر على إعذار واحد منهم فقط . وهذا هو نفس الحكم في التضامن الإيجابي كما رأينا ، فإذا أعذر المدين أحد الدائنين المتضامنين ، لم يسر أثر هذا الإعذار في حق الدائنين الآخرين (١).

ولكن إذا أعذر أحد المدينين المتضامنين الدائن ، فإن هذا الإعذار ترتب عليه نتائج قانونية ، أهمها أن الشيء ، إذا كانت تبعة هلاكة على المدين ، فيعد أن يعذر المدين الدائن ، تنتقل تبعة هلاكة إلى الدائن . فإذا فرض أن أشخاصا ثلاثة باعوا عينا معينة بالذات لمشتري واحد ، وتضامنوا جميعاً في الالتزام بتسليمها إلى المشتري ، فتبعة هلاك العين قبل التسليم يتحملها البائعون الثلاثة (م ٤٣٧ مدني) . فإذا أعذر أحد البائعين المتضامنين المشتري بدعوه لتسليم العين وتأخر المشتري في تسلمها ، ثم هلكت العين بسبب أجنبي ، فإن المشتري هو الذي يحمل تبعة الهلاك ، فلا يسترد الثمن إذا كان قد دفعه ويلتزم بدفعه إذا كان لم يدفعه ، وذلك لا بالنسبة إلى البائع الذي صدر منه الإعذار وحده ، بل أيضا بالنسبة إلى البائعين الآخرين اللذين لم يصدر منهما الإعذار . وتعليل هذا الحكم هو أن إعذار المدين المتضامن للدائن تفيد نتائجها للمدينين الآخرين — بعكس إعذار الدائن لأحد المدينين المتضامنين — ومن ثم يفيد المدينون الآخرون من هذا الإعذار ، ويتعدى أثره إليهم . وهذا هو أيضا الحكم ، كما رأينا ، في التضامن الإيجابي ، فاعذار أحد الدائنين المتضامنين للمدين يفيد سائر الدائنين (٢) .

وقد يقوم الدائن بمطالبة أحد المدينين المتضامنين مطالبة قضائية بالدين . ولهذا المطالبة القضائية آثار قانونية مختلفة ، نذكر منها أنها تقطع التقادم ، وأنها تجعل القوائد تسرى . ولما كانت هذه النتائج ضارة بالمدينين الآخرين ، وكان المدين الذي طوّل مطالبة قضائية لا يمثل الآخرين فيما يضرهم ، لذلك لا تتعدى آثار هذه المطالبة إلى باقي المدينين المتضامنين . فيكون المدين الذي طوّل قضائياً هو وحده الذي يتقطع في حقه التقادم ، وهو وحده الذي تسرى

(١) انظر آتفا فقرة ١٤٥ .

(٢) انظر آتفا فقرة ١٤٤ .

في حقّه الفوائد القانونية (١). وإذا أراد الدائن أن يجعل هذه النتائج تعمّر في حق الآخرين ، وجب عليه أن يطالب كلا منهم على حدة بمطالبة قضائية بالدين ، أو أن يجمعهم كلهم في مطالبة قضائية واحدة (٢) .

١٩٩ - الصلح مع أحد المدينين المتضامنين : تنص المادة ٢٩٤ مدني على ما يأتي :

« إذا تصالح الدائن مع أحد المدينين المتضامنين وتضمن الصلح الإبراء من الدين أو براءة الذمة منه بأية وسيلة أخرى ، استفاد منه الباقيون . أما إذا كان من شأن هذا الصلح أن يرتب في ذمتهم التزاماً أو يزيد فيما هم ملتزمون به ، فإنه لا ينفذ في حقهم إلا إذا قبلوه » (٣) .

(١) أما في القانون الفرنسي ، فمطالبة الدائن لأحد المدينين المتضامنين تجعل الفوائد تسرى في حق الآخرين (م ١٢٠٧ من التفتين المدني الفرنسي وانظر بودري وبارد ٢ فقرة ١٢٢٧ - فقرة ١٢٣٠) . ويعطى الفقهاء الفرنسيون المعاصرون هذا الحكم بأن المدين الذي طالبه الدائن لو أنه وفي الدين في الحال ، لرجع على باقي المدينين بالفوائد ، ويستوى لدى هؤلاء المدينين أن يدفعوا للفوائد الدائن أو أن يدفعوها للمدين الذي وفي الدين . ويقول بلانيول وريبير وجابولد إن التعليل الحاذق لم يفكر فيه واضعوا التفتين المدني الفرنسي ، وكل ما قصدوا إليه عندما قرروا هذا الحكم هو أن يزيدوا الدائن من مزايا التضامن ، فيستطيع بمطالبة مدين واحد من المدينين المتضامنين أن يصل إلى نفس النتائج التي كان يصل إليها بمطالبتهم جميعاً (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٨٥ ص ٤٥٨) .

(٢) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٨٧ .

(٣) تارديغ النص : ورد هذا النص في المادة ٤١٨ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق

لما استقر عليه في التفتين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم المادة ٣٠٦ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٢٩٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٨٩ - ص ٩٠) .

ويقابل هذا النص في التفتين المدني السابق المادة ١١٦/١١٧ ونصها ما يأتي : لا يجوز لأحد المدينين المتضامنين أن ينفرد بفعل ما يوجب الزيادة على ما التزم به باقي المدينين - وهذا النص يمكن أن يستخلص منه أن الصلح الذي يزيد في الالتزام التضامنى لا يسرى في حق الباقيين ، وهو ما يتفق مع حكم المادة ٢٩٤ من التفتين المدني الجديد .

ويقابل في التفتينات المدنية العربية الأخرى :

في التفتين المدني السوري المادة ٢٩٤ (وهي مطابقة) .

والمفروض هنا أن الالتزام التضامنى متنازع فيه بين الدائن وجميع المدينين المتضامنين ، فعمد الدائن إلى الصلح مع أحد المدينين . فهذا الصلح قد يتخذ اتجاهاً في مصلحة المدينين المتضامنين ، وقد يتخذ اتجاهاً ليس في مصلحتهم .

فإن اتخذ اتجاهاً في مصلحة المدينين المتضامنين ، بأن نزل الدائن فيه عن جزء من الدين ، أو نزل عن فوائده أو عن بعضها ، أو نزل عن شروط كانت تحيط الدين أو عن بعضها ، أو تضمن في أية صورة من الصور تخفيفاً من أعباء الدين ، فإن هذا الصلح من شأنه أن يفيد سائر المدينين . ولما كان المدين الذى وقع معه الصلح يمثل الباقيين فيما ينفعهم ، فإن أثر هذا الصلح يتعدى إليهم ويفيدون منه ، ويجوز لهم الاحتجاج به على الدائن ولو لم يكونوا أطرافاً فيه (١) . وهذا هو أيضاً حكم التضامن الإيجابى فيما قدمناه ، فإذا تصالح أحد الدائنين المتضامنين مع المدين بما يفيد الباقي ، استطاع هؤلاء أن يحتجوا بهذا الصلح (٢) .

أما إذا كان الصلح قد اتخذ اتجاهاً ضد مصلحة المدينين المتضامنين ، بأن سلم المدين الذى وقع معه الصلح بأكثر طلبات الدائن ، أو زاد في الالتزام الأصلى ، أو أضاف إليه التزاماً جديداً ، وبوجه عام إذا سوأ مركزه عما كان قبل النزاع ، فإنه لا يعتبر ممثلاً لباقي المدينين فيما يضرهم من ذلك ، ولا يسرى أثر هذا الصلح في حقهم إلا إذا قبلوه وأصبحوا هم كذلك أطرافاً فيه . وهذا

١ - وفي التقنين المدنى اليابى المادة ٢٨١ (وهى مطابقة) .

وفي التقنين المدنى العراقى المادة ٣٢١ (وهى مطابقة) .

وفي تقنين الموجبات والمقود البنائى المادة ٣٤ ، ويجرى عل الوجه الآتى : إن الصلح الذى يقصد به الدائن واحد الموجب حلهم يستفيد منه الآخرون إذا كان يتضمن إسقاط الدين أو صيغة أخرى للإبراء ، وهو لا يلزمهم ولا يخرج موقوفهم إذا كانوا لم يرضوا به — وهذا الحكم يتفق مع حكم التقنين المدنى المصرى .

(١) استفتاء غلط ٢٨ مايو سنة ١٨٨٥ المجبوعة الرسمية للمحاكم المختلطة ١٠ ص ٣٨ — على أنه لا يجوز أن يتمسك المدينون المتضامنون الآخرون بالجزء الذى يفيدهم فى الصلح وينبذوا الجزء الذى يضرهم ، لما دام الصلح فى مجموعه يفيدهم وتمسكوا به وجب أن يتحملوه كله إذ هو لا يقبل التجزئة (الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ٢٠٧ ص ٢٩٤) .

(٢) انظر آنفاً فقرة ١٤٤ .

هو أيضاً حكم التضامن الإيجابي، فإن الصلح الذي يعقده أحد الدائنين المتضامنين مع المدين ويكون ضاراً بصلح باقى الدائنين لا يسرى في حقهم (١) .

ويتضح من ذلك أن المدينين المتضامنين الآخرين هم الذين يكونون الحكم فيها إذا كان الصلح في مصلحتهم أو في غير مصلحتهم ، إذ يجوز لهم أن يقبلوه أو يرفضوه ، وهم يقبلونه إذا قدروا أنه في مصلحتهم ، ويرفضونه إذا قدروا غير ذلك (٢) .

٣٠٠ - اقرار أحد المدينين المتضامنين أو اقرار الرامع : تنص

الفقرة الأولى من المادة ٢٩٥ من التتتين المدني على ما يأتي :

« إذا أقر أحد المدينين المتضامنين بالدين ، فلا يسرى هذا الإقرار في حق الباقين » (٣) .

(١) انظر آنفاً فقرة ١٤٥ — وانظر المذكرة الإيضاحية المشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٨٩ .

(٢) وفي القانون الفرنسي انقسمت الآراء ، فن الفقهاء من يلعب ملعب التتتين المصرى (لارومبيير م ٣ ١٢٠٨ فقرة ١١ — دجولومب ٢٦ فقرة ٤١٧) ، ومنهم من يلعب إلى أن الصلح لا يجوز أن يمسك به المدينون الآخرون ، ضاراً كان أو نافعاً (انظر المادة ٢٠٥١ مدنى فرنسى — جودى وبارد ٢ فقرة ١٢٥٤ مكررة — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٨٧) .

(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١/٤١٩ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التتتين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم المادة ٣٠٧ في المشروع التالى . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ١/٢٩٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣٠ ص ٩١ — ص ٩٢) .

ويقابل هذا النص المادة ١٦٧/١١١ من التتتين المدنى السابق وقد سبق ذكرها ، وهى تقضى بأنه لا يجوز لأحد المدينين المتضامنين أن ينفرد بفعل ما يوجب الزيادة على ما التزم به باقى المدينين . ولما كان الإقرار حجة قاصرة على المقر ، فإن أثره لا يمتدى إلى المقر إلى غيره من المدينين ، حتى في عهد التتتين المدنى السابق .

ويقابل النص في التتتينات المدنية العربية الأخرى : في التتتين المدنى السورى المادة ١/٢٩٥ (وهى مطابقة) — وفي التتتين المدنى الليبى المادة ١/٢٨٢ (وهى مطابقة) — وفي التتتين المدنى العراقى المادة ١/٣٣٢ (وهى مطابقة) — ولا مقابل في تتتين الموجبات والمعقود البئانى ، ولكن الحكم الوارد في التتتين المصرى ليس إلا تطبيقاً لقواعد العامة في الإقرار ، فيمكن الأخذ به في لبنان دون نص .

والمفروض هنا أن الدائن ليس لديه طريق للإثبات يكون مقبولا في حق المدينين المتضامنين ، كالكتابة ، أو البيئة والقرائن فيما تجوز فيه . أما الإقرار فقد رأينا فيما قدمناه عند الكلام في الإثبات أنه حجة قاصرة على المقر ، فلا يتعدى أثره إلى غيره . هذا إلى أن المدين المتضامن عندما يقر بالدين يأتي بعمل يضر ببقية المدينين ، وهو لا يمثلهم فيما لا يضر ، ومن ثم لا يسرى إقراره في حقهم . ولا بد للدائن من إثبات حقه في مواجهة المدينين الآخرين بغير إقرار المدين الأول ، فاما أن يحصل على إقرار من كل مدين على حدة يكون حجة عليه ، وإما أن يثبت الدين بطريق يسرى في حق الجميع كما سبق القول . وهذا هو أيضاً حكم التضامن الإيجابي ، فقد رأينا أن إقرار أحد الدائنين المتضامنين لا يسرى في حق الباقي (١) .

وعلى العكس من ذلك إذا أقر الدائن لأحد المدينين المتضامنين ، فإن هذا الإقرار يفيد الباقي ، ويكون المدين المتضامن وهو يتلقى إقرار الدائن مثلاً لباقي المدينين فيستطيع هؤلاء أن يتمسكوا بالإقرار ولو كان غير صادر في مواجهتهم (٢) . وهذا هو أيضاً حكم التضامن الإيجابي ، فقد رأينا أن المدين إذا أقر لأحد الدائنين المتضامنين جاز للدائنين الآخرين أن يتمسكوا بهذا الإقرار (٣) .

٢٠١ — حلف اليمين أو النكول عنها : تنص الفقرتان الثانية والثالثة

من المادة ٢٩٥ من التقنين المدني على ما يأتي :

« ٢ — وإذا نكل أحد المدينين المتضامنين عن اليمين أو وجه إلى الدائن عينا حلفها ، فلا يضار باقى المدينين » .

(١) أنظر آنفاً فقرة ١٤٤ .

(٢) وهذا ما لم يكن إقرار الدائن متعلقاً بشئ خاص بالمدين دون غيره ، فلا يصلى أثر الإقرار في هذه الحالة إلى غير هذا المدين .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ١٤٤ — وانظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٩١ .

٣- وإذا اقتصر الدائن على توجيه اليمين إلى أحد المدينين المتضامنين فحلف ، فإن المدينين الآخرين يستفيدون من ذلك » (١) .

والمفروض هنا أن الدائن اقتصر على مدين متضامن واحد ، وهنا يمكن أن نتصور حالتين : فاما أن يوجه الدائن اليمين إلى المدين المتضامن ، وإما أن يوجه المدين المتضامن اليمين إلى الدائن .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في الفقرتين الثانية والثالثة من المادة ١٩٤ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا الفقرة الثالثة فقد كان نصها في المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « أما إذا حلف المدين المتضامن اليمين ، فإن المدينين الآخرين يستفيدون من ذلك إذا انصبت اليمين على المديونية لا على التضامن » . وفى لجنة المراجعة عدلت هذه الفقرة على الوجه الذى استقرت عليه في التقنين المدنى الجديد ليكون معناها أدق ، وأصبحت المادة رقمها ٣٠٧ في المشروع التالى . ووافق عليها مجلس النواب ، لمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٩٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٩١ — ص ٩٢) .

ويقول الأستاذ إسحاق غانم في صدد التعليل الذى أجرته لجنة المراجعة ما يأتى : « يلاحظ أن المادة ١٩٤/٣ من المشروع التمهيدى ، وهى تقابل المادة ٢٩٥ من التقنين ، كانت تنص على أن المدينين الآخرين يستطيعون من حلف المدين المتضامن اليمين إذا انصبت اليمين على المديونية لا على التضامن : أنظر أيضاً م ١/٣٦٥ مدنى فرنسى . وقد عدل هذا النص في لجنة المراجعة فحلفت العبارة الأخيرة ، وقد وصف تعديل المادة على هذا الوجه بأنه تعديل لفظى يجعل معناها أدق : الأعمال التحضيرية ٣ ص ٩٢ . والحقيقة أنه لا يتصور استفادة المدينين من يمين يحلفها أحدهم يتكرر بها وجود التضامن ، إذ أن أساس الاستفادة من اليمين هو مبدأ النهاية التبادلية وهو لا يوجد إلا بوجود التضامن » (أحكام الالتزام ص ٢٩٥ هامش رقم ١) .

وليس لنص مقابل في التقنين المدنى السابق . وكان مبدأ النهاية التبادلية ، كما كان مفهوماً في عهد هذا التقنين ، يقضى بأن تكول أحد المدينين المتضامنين لا يضر الباقى ، أما حلفه اليمين فيفيدهم . ويقوم الشك فيما إذا حلف الدائن يميناً وجهها إليه أحد المدينين المتضامنين ، هل يضر بذلك باقى المدينين ؟

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدنى السورى المادة ٢٩٥/٣٠٢ (مطابقة) — وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٢٨٢/٣٠٢ (مطابقة) — وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٢٣٢/٣٠٢ (مطابقة لنص المشروع التمهيدى ولا تختلف في الحكم) — وفى تقنين الموجبات والعمود البنائى المادة ٣٧ ، وتجبرى على الوجه الآتى : إذا وجد التضامن بين المديونتين أمكن كلا منهما أن يبرء ذمة الآخرين جميعاً : ... (٤) بأن يحلف اليمين عند الاقتضاء على عدم وجوب دين ما — وهذا الحكم يتفق مع حكم التقنين المصرى في صورة ما إذا وجه الدائن إلى أحد المدينين المتضامنين اليمين فحلفها ، ولم يرد نص في التقنين البنائى عن الصور الأخرى .

ففي الحالة الأولى التي يوجه فيها الدائن اليمين إلى المدين المتضامن ، إما أن يحلف المدين وإما أن ينكل . فان حلف ، فان هذا الحلف من شأنه أن يفيد باقي المدينين ، فيستطيع هؤلاء أن يتمسكوا به ، ولو لم يكونوا هم الذين حلفوا (١) . وهذا ما تقتضيه به الفقرة الثالثة من المادة ٢٩٥ . وإن نكل المدين الذي وجهت إليه اليمين ، فان هذا يكون بمثابة الإقرار ، وقد رأينا أن الإقرار حجة قاصرة على المقر فلا يسرى في حق المدينين الآخرين ، هذا إلى أن النكول عمل ضار بباقي المدينين فلا يكون المدين الذي نكل ممثلاً لهم فيه ولا يسرى عليهم نكوله . وهذا ما تقتضيه به الفقرة الثانية من المادة ٢٩٥ . وهذا هو أيضاً حكم التضامن الإيجابي ، فقد رأينا أنه إذا وجه المدين اليمين إلى أحد الدائنين المتضامين فنكل لم يضر نكوله بباقي الدائنين (٢) .

وفي الحالة الثانية التي يوجه فيها المدين المتضامن اليمين إلى الدائن ، إما أن يحلف الدائن وإما أن ينكل . فان حلف ، فان هذا الحلف عمل يضر بسائر المدينين الذين لم يخطأوا بتوجيه اليمين إلى الدائن ، فيكون المدين الذي وجه اليمين غير ممثل لهم في هذا التوجيه ، ولا يتعدى إليهم أثر حلف الدائن لليمين ولا يضارون بذلك ، وهذا ما تقتضيه به الفقرة الثانية من المادة ٢٩٥ . وإن نكل الدائن عن اليمين التي وجهها إليه المدين المتضامن ، فان نكوله يكون بمثابة إقرار منه . وهذا الإقرار — إذا لم يكن في شيء خاص بالمدين الذي وجه اليمين دون غيره — نافع لسائر المدينين المتضامين ، فيستطيع هؤلاء أن يتمسكوا بهذا النكول ، ولو لم يكونوا هم الذين وجهوا اليمين . ولم يرد نص صريح في هذه الصورة ، ولكن الحكم الذي أوردناه ليس إلا تطبيقاً للمبدأ العام ، فيؤخذ به دون نص . وقد رأينا في التضامن الإيجابي أنه إذا وجه أحد الدائنين المتضامين اليمين إلى المدين فحلف ، فان هذا الحلف وهو يضر بالدائنين الآخرين لا يسرى

(١) والمفروض أن الدائن قد « اقتصر » — كما يقول النص — في توجيه اليمين على أحد المدينين المتضامين . أما إذا وجه اليمين إليهم جميعاً ، فحلف بعضهم ونكل بعض آخر ، فنكل منهم يضار بنكوله ولا يستفيد من أن الآخرين قد حلفوا (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٨٢ ص ٤٥٢ — الأستاذ إسحاق غانم في أحكام الالتزام فقرة ٢٠٨) .

(٢) انظر آنفاً فقرة ١٤٥ .

في حقهم ، أما إذا نكل فإن النكول يفيدهم فيستطيعون أن يتمسكوا به (١) .

٢٠٢ - صدور حكم على أحد المدينين المتضامنين أو لصالحه :

نص المادة ٢٩٦ من التقنين المدني على ما يأتي :

« ١ - إذا صدر حكم على أحد المدينين المتضامنين ، فلا يحتاج هذا الحكم على الباقيين » .

٢ - أما إذا صدر الحكم لصالح أحدهم ، فيستفيد منه الباقيون ، إلا إذا كان الحكم مبنياً على سبب خاص بالمدين الذي صدر الحكم لصالحه (٢) .

وأخيراً يورد ، هنا ، التقنين المدني تطبيقاً للمبدأ العام السالف الذكر في حالة صدور حكم على أحد المدينين المتضامنين أو لصالحه .

فاذا صدر حكم على أحد المدينين المتضامنين وحده ، دون أن يكون باقي

(١) انظر آنفاً فقرة ١٤٥ — وانظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموع الأعمال التوضيحية ٣ ص ٩١ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٤٢٠ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم المادة ٣٠٨ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٢٩٦ (مجموعة الأعمال التوضيحية ٣ ص ٩٣ — ص ٩٤) .

وليس للنص مقابل في التقنين المدني السابق . ولكننا رأينا أن الحكم على أحد المدينين المتضامنين ، في عهد هذا التقنين ، يكون حكماً على الباقي ، إلا إذا ثبت أن المدين المحكوم عليه متواطئ مع الدائن أو إذا أحل في الدفاع عن حقه أو ثبت أن أحد المدينين غير المحكوم عليهم عنده دفع خاصة به . ومن باب أولى إذا صدر الحكم لصالح أحد المدينين المتضامنين ، أفاد منه الباقي (انظر آنفاً فقرة ١٩٦ في الخامس) .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٢٩٦ (وهي مطابقة) — وفي التقنين المدني الليبي المادة ٢٨٣ (وهي مطابقة) — وفي التقنين المدني المرقى المادة ٣٣٣ (وهي مطابقة) — وفي تقنين المورجيات والعقود اللبناني المادة ١/٣٦ ، وتجري على الوجه الآتي : ليس الحكم الصادر على أحد المدينين المتضامنين قوة للقضية المحككة بالنظر إلى المدينين الآخرين ، أما الحكم الصادر لمصلحة أحد المدينين فيحتفيد منه الآخرون إلا إذا كان مبنياً على سبب يتعلق بشخص المدينون الذي حصل على الحكم — وهذا النص يتفق في الحكم مع نص التقنين المصري .

المدينين المتضامنين داخلين في الدعوى ، فان هذا أمر ضار بهم ، فلا يسرى الحكم في حقهم ولا يحتاج عليهم به (١). ويجب على الدائن إما أن يدخل باقي المدينين المتضامنين في الدعوى ليصدر الحكم في مواجهتهم ، أو أن يرفع عليهم دعوى أو دعاوى أخرى ، ليكون الحكم سارياً في حق من رفع عليه الدعوى (٢). وهذا هو أيضاً حكم التضامن الإيجابي ، فقد رأينا أنه إذا صدر حكم على أحد الدائنين المتضامنين لم يكن هذا الحكم سارياً في حق الدائنين الآخرين (٣). ويلاحظ أنه إذا جمع الدائن كل المدينين المتضامنين في الدعوى ، وصدر حكم ضدهم ، فان الطعن في هذا الحكم من أحد المدينين المتضامنين يفيد الباقي (٤).

(١) ومع ذلك يجوز لم أن يطعنوا في الحكم بطريق اعتراض الشخص الخارج عن الخصومة (م ٢/٤٥٠ مرافعات) ، وذلك بدلا من أن ينتظروا رجوع المدين المحكوم عليه عند تنفيذه للحكم ووفاته لدين كله ، إذ هو في هذه الحالة يرجع عليهم كل بقدر حصته في الدين ، وهم ، إذا كانوا يستطيعون دفع هذا الرجوع عندئذ ، قد يفضلون المبادأة ، فيبادرون إلى الطعن في الحكم ذاته بطريق الاعتراض كما قمنا (انظر الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ٢٠٩ ص ٢٩٥) .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف الأهلية بأنه يجوز لمن سعى عليه أن يطلب الحكم بالتضامن أن يرفع دعوى من جديد باعتبار المحكوم عليهم في الدعوى الأولى متضامنين في الوفاء (١٠ نوفمبر سنة ١٩١٥ الشرائع ٣ ص ١٧٩) .

(٣) انظر آنفاً فقرة ١٤٥ .

(٤) وقد قضى بأنه إذا رفع أحد المدينين المتضامنين معارضة أو استئنافاً ، استفاد الآخرون : استئناف غمطل ٣٠ مايو سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢٨٦ — ٣٨ يناير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١١١ — أول ديسمبر سنة ١٩١٠ م ٢٣ ص ٥٨ — ٣١ يناير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١١٨ — ٣ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤٠٣ — ١٤ مارس سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٢٨٧ — ١٥ يونيو سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٣٩٦ — ١٤ نوفمبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ٢٣ — ١٣ مارس سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٢٨١ — ٢١ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٥١ — ٢٠ فبراير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٢٠٤ — ٢٠ مارس سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢١٦ — ١١ يناير سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٩٦ — إلا إذا كان المطلوب من أحدهم يخالف المطلوب من الآخرين : استئناف غمطل ٢٢ يناير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ١٧٧ — ٢٠ مارس سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٦٩ — ١١ مارس ١٩٣٦ م ٤٧ ص ١٨١ . ويقتصر من يستفيد منهم على أوجه الدفع المشتركة بينهم وبين من رفع الطعن ، فلا يعرضون لأوجه الدفع الخاصة بهم ما داموا لم يرفعوا طعناً في المهاد : استئناف غمطل ١١ نوفمبر سنة ١٨٩٧ م ١٠ ص ٧ . وإذا رفع أحد المدينين المتضامنين معارضة في شروط البيع (dire) ، استفاد المدينون الآخرون : استئناف غمطل ١٧ يونيو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٥٢ ، وهذا ما لم يكن قد صدر حكم نهائي حاز قوة الأمر —

وإذا صدر في الطعن حكم ضد المدين الذي رفع الطعن ، لم يضار الباقيون به ، وكان لكل منهم حق الطعن في الحكم الأول إذا كان طريق الطعن لا يزال مفتوحاً أمامه (١).

وإذا صدر حكم لصالح أحد المدينين المتضامنين ، دون أن يكون باقى المدينين المتضامنين داخلين في الدعوى ، فإن هذا أمر نافع لهم ، فيفيدون منه ويستطيعون أن يحتجوا بهذا الحكم (٢). وهذا ما لم يكن الحكم الذى صدر لمصلحة المدين

المقضى بالنسبة إلى أحدهم فلا يستفيد من طعن رقه غيره : استئناف مخطوط ٢٣ يونيو سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٣٨٠ — وإذا رأت محكمة الدرجة الأولى أن هناك تضامناً في المسؤولية بين شخصين ، واستأنف أحدهما حكمها ، وقضى استئنافاً بعدم وجود التضامن بينهما ، استفاد المدين الآخر من هذا الحكم ولو لم يستأنف : بنى سوف ٢٠ يناير سنة ١٩٠٩ المجموعة الرسمية ١٠ ص ٢٣٩ .

(١) ذلك لأنه إذا صدر حكم ضد المدينين المتضامنين جميعاً ، لم يترتب على إعلانه لأحدهم سريان مواعيد الطعن بالنسبة إلى الباقيين ، بل يبقى كل من هؤلاء لا تسرى مواعيد الطعن قبله حتى يعلن بالحكم . وإذا أعلن أحدهم بالحكم وانقضت مواعيد الطعن بالنسبة إليه ، وبقي الطعن مفتوحاً بالنسبة إلى مدين آخر ، وطعن هذا في الحكم ، فلمدين الذى انقضى مياد الطعن بالنسبة إليه أن ينضم للمدين الذى رفع الطعن في المياد ويطلب الاستفادة من طعنه . وقد قضت محكمة النقض بأن رفع الاستئناف من أحد المدينين المتضامنين يستفيد منه الباقيون ، ولم أن ينضموا إليه في استئنافه ولو بعد المياد (نقض مدني ٢١ ديسمبر سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٨ ص ٣٦ — ١٦ يناير سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ٩٠ ص ١٩٧) . وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٣٨٤ من قانون المرافعات على ما يأتي : « على أنه إذا كان الحكم صادراً في موضوع غير قابل للتجزئة أو في التزام بالتضامن أو في دعوى يوجب القانون فيها اختصام أشخاص معينين ، جاز لمن فوت مياد الطعن من المحكوم عليهم أو قبل الحكم أن يطعن فيه أثناء نظر الطعن المرفوع في المياد من أحد زملائه منضماً إليه في طلباته . وإذا رفع الطعن على أحد المحكوم لهم في المياد ، وجب اختصام الباقيين ولو بعد فواته بالنسبة لهم » . فإذا لم ينضم المدين الذى فوت مياد الطعن إلى زميله الذى رفع الطعن في المياد ليطالب الاستفادة من هذا الطعن ، بقي الحكم الصادر ضده نهائياً بالنسبة إليه . وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأنه إذا حكم على أشخاص بالتضامن ، ثم رفع بعضهم استئنافاً من الحكم ولم يستأنف البعض ، ولم يحضر أمام محكمة الاستئناف ليطالب الاستفادة من الاستئناف المرفوع من الآخرين : كان محكمة الاستئناف أن تعتبر الحكم الابتدائي انتهائياً بالنسبة إليه ، لأنه هو الذى بعدم حضوره أمام محكمة الاستئناف قد فوت على نفسه فرصة إبداء طلب الاستفادة من الاستئناف المرفوع من الآخرين (نقض مدني ٣ ديسمبر سنة ١٩٣١ مجموعة عمر ١ رقم ١٢ ص ٢٣) .

(٢) استئناف مخطوط ١٩ أبريل سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٣٩٣ — ولكن لا يستطيعون التنفيذ به . وإذا طعن الدائن في هذا الحكم ، فصدر في الطعن حكم بإفائه ، زال أثر الحكم الأول بالنسبة إلى سائر المدينين ولم يحجز لهم الاحتجاج به بعد ذلك .

المتضامن مبنياً على سبب خاص به كأن يكون الدين بالنسبة إليه قد شابه سبب من أسباب البطلان ، فعند ذلك يصدر الحكم بإبطال الدين بالنسبة إليه وحده ، دون أن يتعدى أثر الحكم إلى المدينين المتضامنين الآخرين . ومثل ذلك أيضاً أن يكون دين المدين المتضامن معلقاً على شرط ولم يتحقق الشرط ، فالحكم الصادر بزوال الدين لتخلف الشرط لا يتعدى أثره إلى المدينين الآخرين الذين كانت ديونهم منجزة (١). وهذا هو أيضاً حكم التضامن الإيجابي ، فقد رأينا أنه إذا صدر حكم لصالح أحد الدائنين المتضامنين أفاد منه الباقيون (٢). ويلاحظ أنه إذا جمع الدائن كل المدينين المتضامنين في الدعوى ، وصدر حكم لصالحهم ، فإن الطعن في هذا الحكم من الدائن بالنسبة إلى أحد منهم لا يضر الباقيين (٣) ، وإذا حصل الدائن في الطعن على حكم لصالحه يلغى الحكم الأول ، فإن هذا الحكم لا يسرى في حق الباقيين الذين لم يدخلوا في هذا الطعن (٤).

(١) استئناف أهل ١٩ أكتوبر سنة ١٨٩٧ للقضاء ٥ ص ١٣ — استئناف مختلط ١٣ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٣١ .
(٢) انظر آنفاًقرة ١٤٤ .

(٣) وإعلان هذا الحكم من أحد المدينين المتضامنين يجعل ميعاد الطعن يسرى لصالحه ولصالح باقي المدينين المتضامنين : استئناف مختلط ٢٢ أبريل سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٦٠ — أول مارس سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٢٨٦ — ٣١ مارس سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢١٩ — على أنه إذا أعلن أحد المدينين المتضامنين الحكم الصادر لصالح الجميع ، ورفع الدائن الاستئناف بعد الميعاد ، وجب على المدين الذي لم يعلن الحكم أن يدخل في هذا الاستئناف طالباً الاستفادة منه والحكم بعدم قبول الاستئناف لرفعه بعد الميعاد ، لا تحسب بالنسبة إلى زميله الذي أعلن الحكم ، بل أيضاً بالنسبة إليه هو . فإذا لم يدخل في الاستئناف على هذا النحو ، ولم ينقص ميعاد الاستئناف بالنسبة إليه لعدم إعلانه الحكم ، لم يكن له أن يرفع بعدم قبول الاستئناف الذي يرفعه عليه الدائن . وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأنه إذا كان اثنان من المحكوم لهم قد تمسكا بأنهما أعطا الحكم الابتدائي المستأنف وأنه لم يرفع الاستئناف إلا بعد الميعاد ، فتنازل المسأنف عن اختصاصهما وقصر طلباته على ما ادعاه قبل ثالث المحكوم لم الذي لم يعلن الحكم الابتدائي المستأنف ولم يحضر ولم يطلب الاستفادة من أن زميله المحكوم لصالحهما معه قد أعطانا الحكم ، ولم يبين كيف كان له أن يستغني من إعلان غيره ، فلا يجوز لحكمة الاستئناف أن تعتبر الاستئناف غير مقبول شكلاً في حقه (نقض ملحق ٢٠ يونيو سنة ١٩٣٥ مجموعة عمراً رقم ٢٨٧ ص ٨٧٣).
(٤) وتقول المذكورة الإيضاحية المشروع التمهيدى : « ويراى أن الحكم الصادر لصالح أحد المدينين المتضامنين يزول أثره بالنسبة لباقي المدينين إذا قضت بالغائه هيئة قضائية مختصة ، ولكن إذا اختصم الدائن جميع المدينين في الدعوى وصدر حكم لصالحهم ، ثم قضى بالغائه هذا »

الطلب الثاني

علاقة المدينين المتضامتين بعضهم ببعض

٢٠٣ - **النصوص القانونية :** تنص المادة ٢٩٧ من التقنين المدني على ما يأتي :

« ١ - إذا وفى أحد المدينين المتضامتين كل الدين ، فلا يجوز له أن يرجع على أى من الباقيين إلا بقدر حصته في الدين ، ولو كان بماله من حق الحلول قد رجع بدعوى الدائن » .

« ٢ - وينقسم الدين إذا وفاه أحد المدينين حصصاً متساوية بين الجميع ، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك » .

= الحكم بالنسبة لأحدهم فيما بعد ، فلا يضار الباقيون بذلك . أما إذا صدر الحكم عليهم ، فلا يترتب على إعلانه لأحدهم سريان مواعيد المعارضة والاستئناف والتنفذ بالنسبة للباقيين » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٩٤ وانظر أيضاً ص ٩٣ - ٩٤) .

أما في القانون الفرنسي ، فقد احتدم الخلاف : فن الفقهاء من يذهب إلى أن الحكم الصادر ضد أحد المدينين المتضامتين يمتنع به على الباقي ، ومن باب أول إذا صدر الحكم لصالح أحدهم جاز للباقي أن يتمسكوا بهذا الحكم (لاروميير ٣ م ١٢٠٨ فقرة ١٩ - ديولومب ٣٦ فقرة ٣٧٤ - هيك ٧ فقرة ٣٢٨ - بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢٣١ - بلانيول وريبير وجابول ٧ فقرة ١٠٨٦) . ومنهم من يذهب إلى أن الحكم لا يسرى في حق الآخرين ، سواء كان صادراً ضد المدين المتضامن أو لصالحه (كوليه دي سائيز ٥ فقرة ٣٢٨ مكررة ٢٤ - لوران ٢٠ فقرة ١٢٠) . ومنهم من يذهب إلى أن الحكم الصادر لمصلحة المدين يتمسك به الآخرون ، والحكم الصادر ضده لا يمتنع به عليهم ، كما هو الحكم في التقنين المصري بصريح النص (ديرانتون ١٣ فقرة ١٩ - فقرة ٥٢٠ - ماركايه ٥ فقرة ١٣) - وإذا صدر حكم ضد المدينين المتضامتين جميعاً ، فالطعن المرفوع من أحدهم يفيد الباقيين (بلانيول وريبير وجابول ٧ فقرة ١٠٨٦ ص ٤٥٩ - ص ٤٦١) . وإذا صدر حكم لصالح المدينين المتضامتين وأعلن أحدهم الحكم الدائن وانقضت مواعيد الطعن بالنسبة إليه ، ثم طعن الدائن في الحكم بالنسبة إلى الباقيين في الميعاد القانوني ، فإن هذا الطعن لا يضر بالمدين الذي أنقضى ميعاد الطعن بالنسبة إليه ، ويجب على الدائن في طعنه ضد الباقيين أن يستأنف حصة هذا المدين (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢٣٦ مكررة - وانظر أيضاً في الموضوع بلانيول وريبير وجابول ٧ فقرة ١٠٨٦) .

وتنص المادة ٢٩٨ على ما يأتي :

« إذا أعسر أحد المدينين المتضامنين ، تحمل تبعة هذا الإعسار المدين الذي وفى بالدين وسائر المدينين للموسرين ، كل بقدر حصته . »

وتنص المادة ٢٩٩ على ما يأتي :

« إذا كان أحد المدينين المتضامنين هو وحده صاحب المصلحة في الدين ، فهو الذي يتحمل به كله نحو الباقيين (١) . »

وتقابل هذه النصوص في التقنين المدني السابق المادة ١٧١/١١٥ (٢) .

وتقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى: في التقنين المدني السوري المواد ٢٩٧ — ٢٩٩ — وفي التقنين المدني الليبي المواد ٢٨٤ — ٢٨٦ — وفي التقنين

(١) تاريخ النصوص :

م ٢٩٧ : ورد هذا النص في المادة ٤٢١ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم المادة ٣٠٩ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٢٩٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٩٥ — ص ٩٦) .

م ٢٩٨ : ورد هذا النص في المادة ٤٢٢ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم المادة ٣١٠ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٢٩٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٩٧) .

م ٢٩٩ : ورد هذا النص في المادة ٤٢٣ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم المادة ٣١١ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٢٩٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٩٨ — ص ١٠٠) .

(٢) التقنين المدني السابق م ١٧١/١١٥ : إذا قام أحد المتضامنين في الدين بأدائه أو وفاء بطريق المقاصة مع الدائن ، جاز له الرجوع على باقي المدينين كل بقدر حصته ، وتوزع حصة الممسر منهم على جميع الموسرين .

ولا فرق في الأحكام مابين التقنينين الجديد والقديم . ويلاحظ أن التقنين القديم ذكر المقاصة وحدها إلى جانب الوفاء ، ولكن المقاصة في هذا كغيرها من طرق انقضاء الالتزام ، كانت جديدة واتحاد النسبة ، وذلك متى كان الدائن قد طالب المدين الذى قام به سبب انقضاء الالتزام ووقف عنه . أما إذا طالب غيره من المدينين المتضامنين ، فقد رأينا أن كل مدين منهم لا يجوز له أن يتجسس على الدائن إلا بمقدار حصة المدين الذى قام به سبب الانقضاء .

المدنى العراقى المادتين ٣٣٤ - ٣٣٥ - وفى تقنين اللوجيات والعقود اللبنانى المواد ٣٩ - ٤١ (١) .

ويتبين من هذه التوضيحات أنه إذا وفى أحد المدينين المتضامنين الدائن كل الدين ، كان له حق الرجوع على المدينين المتضامنين معه . وحق الرجوع هذا إما أن يكون بالدعوى الشخصية ، أو بدعوى الحلول . وسواء كان الرجوع بهذه الدعوى أو بتلك ، فإن الدين ينقسم على المدينين المتضامنين ، والأصل أن ينقسم حصصاً متساوية بين الجميع مالم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك . وأيا كانت حصة المدين المتضامن عند انقسام الدين على الجميع ، فإن كل مدين متضامن مؤسر يتحمل نصيبه فى حصة المعسر من المدينين المتضامنين ، وذلك بنسبة حصته هو فى الدين . على أنه قد يتبين أن واحداً أو أكثر من المدينين هم أصحاب المصلحة فى الدين ، فعند ذلك لا ينقسم الدين على الباقي ، ويتحمل أصحاب المصلحة وحدهم كل الدين فى علاقتهم بالمدينين الآخرين .

فعندنا إذن مسائل خمس نبحثها على التعاقب :

(١) متى يكون للمدين المتضامن حق الرجوع على المدينين المتضامنين الآخرين .

(٢) الأساس القانونى لهذا الرجوع : الدعوى الشخصية ودعوى الحلول .

(٣) انقسام الدين على المدينين المتضامنين وتعيين حصة كل منهم .

(٤) تحمل المؤسرين من المدينين المتضامنين لحصص المعسرين منهم .

(٥) تحمل أصحاب المصلحة فى الدين وحدهم بكل الدين .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدنى السورى ٢٩٧٢-٢٩٩١ (مطابقة) .

التقنين المدنى اليابانى م ٢٨٤ - ٢٨٦ (مطابقة) .

التقنين المدنى العراقى م ٣٣٤ : ١ - لمن قضى الدين من المدينين المتضامنين الرجوع على

الباقين بما دفعه زائداً على ما هو واجب عليه ، كل يقدر حصته .

٢ - فإن كان أحد منهم معسراً ، تحمل تبعه هذا الإحصار المدين الذى وفى بالدين وسائر لمدينين المؤسرين ، كل يقدر حصته .

م ٣٣٥ : ١ - إذا قضى أحد المدينين المتضامنين الدين بقدر التالى الواجب أدائه ، -

(م ٢٣ - الوسيط)

وهذه هي المسائل التي بحثناها في التضامن الإيجابي ، إلا أنها تحتاج إلى مزيد من التفصيل في التضامن السلبي لأهميته العملية كما سلف القول .

٢٠٤ - متى يكوره للمدين التضامن هو الرجوع على المدينين

التضامنين الآخرين : التضامن لا يقوم إلا في العلاقة ما بين الدائن والمدينين التضامنين . أما في علاقة المدينين بعضهم ببعض ، فإن الدين يتقسم عليهم ، ويكون لمن وفي منهم الدين للدائن حق الرجوع على الآخرين ، كل بقدر حصته كما سيأتي .

وحق الرجوع يثبت للمدين إذا وفي كل الدين ، كما جاء في صدر المادة ٢٩٧

— أو بطريق آخر يقوم مقام الوفاء كالحالة ، رجع على بقية المدينين بما ضمن لا بما أدى .
٢ — وإذا كان أحد المدينين التضامنين هو وحده صاحب المصلحة في الدين ، فهو الذي يتحملة كله قبل الباقين .

وهذه النصوص تتفق أحكامها مع أحكام التقنين المصري ، فيما عدا أن التقنين العراقي ينص على أنه إذا أدى المدين الدين بغير الشيء الواجب أداءه أو بطريق آخر غير الوفاء كالحالة أو الحوالة ، رجع على بقية المدينين كل بقدر حصته الدين الأصل ، ولو أدى هو للدائن أقل من ذلك أو أكثر . وهذا مأخوذ من الفقه الإسلامي .

تقنين الموجبات والمقود البتاني م ٣٩ : أن موجب التضامن يتقسم حكماً بالنظر إلى علاقات المدينين بعضهم ببعض ، فهم فيما بينهم لا يلزم أحد منهم إلا بنسبة حصته . وإن المحصل التي يلزم بها المدينون بمقتضى أحكام الفقرة السابقة هي متساوية إلا فيما يلي :
١ — إذا كان التقدي يصرح بالعكس .

٢ — إذا كانت مصالح المدينين غير متساوية . وإذا كانت المصلحة في الدين لأحد المدينين وحده ، وجب اعتبار الآخرين كغلاء في علاقاتهم به .

م ٤٠ : إن المدينين في موجب التضامن إذا وفي مجموع الدين ، كان له حق الرجوع على المدينين الآخرين بما يتجاوز حصته . وأبكته إذاً أن يقيم الدعوى الشخصية أو الدعوى التي يحق للدائن إقامتها مع ما يختص بها من التأمينات عند الاقتضاء . ولكن ، أية كانت الدعوى التي يقيمها ، لا يحق له أن يطلب من كل مدين إلا الحصة التي يجب عليه تهاياً أن يتحملها .

م ٤١ : إذا وجد بين المدينين التضامنين شخص أو عدة أشخاص غائبين أو غير مقتدرين على الدفع ، فإن أباهم من الدين يتحملها المدينون الحاضرون وذوو الاقتدار بنسبة ما يجب على كل منهم أن يتحملة من الدين ، ذلك كله إذا لم يكن نص مخالف .

وهذه النصوص تتفق في أحكامها مع فصوص التقنين المصري .

سالفة الذكر . وفي المدين المتضامن الدين كله للدائن إما لأن الدائن طالبه بذلك بموجب التضامن كما رأينا فيما تقدم (١) ، وإما لأن المدين المتضامن تقدم من تلقاء نفسه بوفاء الدين كله للدائن وقد سبق أن ذكرنا أن الدائن في هذه الحالة لا يستطيع أن يرفض هذا الوفاء .

وليس من الضروري ، حتى يثبت حق الرجوع للمدين ، أن يكون المدين قد وفى الدين فعلاً ، بل يكفي أن يكون قد قضى الدين نحو الدائن بطريق يقوم مقام الوفاء (٢) . فيجوز أن يكون قد وفاه الدين بمقابل (٣) . ويجوز أن يكون قد وفاه الدين بطريق المقاصة ، ولكن يشترط في ذلك أن يكون الدائن قد طالب بالدين هذا المدين بالذات الذى قام به سبب المقاصة ، فعند ذلك يتمسك المدين بانقضاء الدين بالمقاصة فينقضى الدين ، وتبرأ ذمته منه كما تبرأ ذمة المدين المتضامن الآخر ، فيرجع على هؤلاء كل بقدر حصته . أما إذا طالب الدائن بالدين مدينًا متضامنًا آخر غير الذى قام به سبب المقاصة ، لم يستطع هذا المدين الآخر أن يتمسك بالمقاصة إلا بقلر حصة المدين الذى وقعت معه ، وعليه أن يدفع للدائن الدين بعد أن يستزل منه هذه الحصة ، ثم يكون له بعد

-
- (١) وقد قضت محكمة النقض بأن من مصلحة المدين الذى رفعت عليه دعوى تعويض بالتضامن مع مدين آخر أن يقاضى في نفس الوقت ذلك المدين الآخر ، ويطلب إلى المحكمة في حالة الحكم عليه بذلك الدين أن تقضى له بحق الرجوع على المدين الآخر بكافة ما يحكم به عليه هو إذا كان لديه من الأسباب ما يقتضى عدم ملزوميته شخصياً بشئ من الدين . ومصلحته في ذلك محققة لا احتمالية فقط ، لأن رفع الدعوى عليه يادى الأمر بصفته مدينًا متضامنًا مع المدين الآخر معناه التزامه في النهاية بجزء من الدين ، سواء اختار الدائن التنفيذ عليه هو بما حكمت به المحكمة ثم رجع على زميله المدين بحصته فيما حكم به ، أو كان الدائن قد اختار التنفيذ على المدين الآخر ثم رجع هذا المدين الآخر على المدين الأول بحصته فيما حكم به طبقاً لحكم المادة ١١٥ مدني (قديم) . وهذه المصلحة المحققة من أول الأمر هي التي تبيح لذلك المدين للرجوع على زميله المدين في نفس الوقت الذى رفعت فيه دعوى التعويض الأصلية على المدينين سماً والمطالبة بالحكم له على المدين الآخر بكل ما يحكم به عليه (نقض مدني ٢٥ مايوس ١٩٣٦ المجموعة الرسمية ٣٧ رقم ١٩٣) .
- (٢) ولكن لا يكفي أن يكون الدين قد حل وأن يتوقع المدين أن الدائن يرجع عليه هو دون سائر المدينين ، حتى يكون ذلك مبرراً للمدين في الرجوع مقدماً على سائر المدينين عشية إصاارهم . بل لابد من أن يكون المدين قد قضى الدين فعلاً إما بالوفاء ، وإما بطريق يقوم مقام الوفاء (بيدان ولاجارد ٨ ص ٦١٥ هامش رقم ٣ — قارن بودوي وبارد ٢ فقرة ١٢٧٧) .
- (٣) بودوي وبارد ٢ فقرة ١٢٤٦ .

ذلك حق الرجوع على المدينين الآخرين . كذلك قد يوفى المدين المتضامن الدين بطريق التجديد ، وقد رأينا أنه مالم يحفظ الدائن بحقه قبل المدينين الآخرين فإن ذمة هؤلاء تبرأ بالتجديد الذى وقع (م ٢٨٦ ملغى) ، وعند ذلك يكون للمدين الذى وقع منه التجديد حق الرجوع على المدينين الآخرين كل بقدر حصته . ويجوز أن يوفى المدين المتضامن الدين بطريق اتحاد الذمة ، فإن كان المدين هو الذى ورث الدائن ، فقد رأينا أنه يجوز له أن يرجع باعتباره مديناً وفى الدين على باقى المدينين المتضامنين كل بقدر حصته . أما الإبراء فليس بوفاء للدين ، ولا هو طريق يقوم مقام الوفاء . وقد رأينا أن الدائن إذا أبرأ المدين ، فاما أن يرجع على المدينين الآخرين بالدين بعد أن يستنزل حصة المدين الذى أبرأه ، وإما أن يطالب أياً منهم بكل الدين ، وإما ألا يطالب أياً منهم بشئ ، وفى كل هذه الأحوال لا يرجع المدين الذى أبرأه الدائن بشئ على المدينين الآخرين (١) . وكذلك إذا تقادم الدين بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامنين ، لم يعتبر هذا وفاء يجيز لهذا المدين أن يرجع على المدينين ، لأنه هو لم يدفع الدين أو مقابلاً له ، وقد رأينا أن الدائن فى هذه الحالة يستطيع أن يطالب أياً من المدينين الآخرين بالدين بعد أن يستنزل حصة من تقادم دينه (٢) .

وحق يكون للمدين المتضامن حق الرجوع على المدينين الآخرين ، يجب أن يكون الوفاء الذى قام به للدائن قد عاد عليهم بالفائدة ، أى أن يكون هو الذى أبرأ ذمتهم نحو الدائن . فلو أن المدين المتضامن لم يخطر المدينين الآخرين بأنه وفى عنهم الدين ، وقام أحد منهم بوفاء الدين للدائن مرة ثانية وهو لا يعلم أن المدين الأول قد وفاه ، ثم أخطر سائر المدينين بأنه قد وفى الدين ، فإن حق الرجوع يثبت لهذا المدين الذى وفى الدين مرة ثانية دون المدين الأول (٣) .

(١) وفى التفتين الملغى المرقق تنص الفقرة الأولى من المادة ٣٣٥ ، كما رأينا ، هل أنه « إذا قضى أحد المدينين المتضامنين الدين بنثر الشيء الواجب أداءه ، أو بطريق آخر يقوم مقام الوفاء كالحالة أو الحوالة ، يرجع على بقية المدينين بما ضمن لا بما أدى » .
(٢) وقد ينقضى الدين باستحالة الوفاء بسبب أجنبي ، فتبرأ ذمة جميع المدينين المتضامنين دون أن يدفع أحد منهم شيئاً للدائن حتى يرجع به على الآخرين .

(٣) لارومبير ٣ م ١٢١٤ فقرة ٣ — دجلوب ٢٦ فقرة ٤٢٨ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢٧٠ — كذلك لا يكون المدين الذى وفى الدين هو الذى أبرأ ذمة المدينين الآخرين نحو—

وليس من الضروري حتى يكون للمدين المتضامن حق الرجوع على المدينين الآخرين أن يكون قد وفى للدائن كل الدين . فيجوز أن يني ببعض الدين إذا قبل الدائن منه هذا الوفاء الجزئي ، ومع ذلك يكون له الرجوع على المدينين الآخرين ، كل ينسبة حصته في الدين ، فيما دفعه للدائن .

على أنه يجوز للمدين كما قلنا أن يتفق مع الدائن على أن يدفع له حصته في الدين أو جزءاً منها ، ففي هذه الحالة لا يرجع المدين الذي اقتصر على دفع حصته أو على دفع جزء منها بشيء على المدينين الآخرين ، ويرجع الدائن على هؤلاء الباقى من الدين بعد أن يستنزل ما دفعه له المدين . أما إذا دفع المدين أكثر من حصته ، فله الرجوع على المدينين الآخرين بما دفعه زائداً على هذه الحصته ، ويساهم هؤلاء في ذلك كل بنسبة حصته في الدين ، ويرجع الدائن عليهم بما بقى من الدين بعد أن يستنزل كل ما دفعه المدين له (١) .

= الدائن ، إذا كان لم يخطرهم بالوفاء قبل وقوعه وكان عنهم من الدفع ما يستطيعون أن يسقطوا به الدين (لارومبيير ٣ م ١٢١٤ فقرة ٤ — هيك ٧ فقرة ٢٣٣ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢٧٠) . ذلك أن المدين المتضامن في علاقته بالمدينين المتضامنين الآخرين بمقابلة كفايل لم فيما يتعلق بمحصولهم في الدين . وقد نصت المادة ٧٩٨ مدني ، فيما يتعلق بالكفايل ، على أنه : ١٥ — يجب حل الكفايل أن يخطر المدين قبل أن يقوم بوفاء الدين ، وإلا سقط حقه في الرجوع حل المدين إذا كان هذا قد وفى الدين أو كانت عنده وقت الاستحقاق أسباب تقضى ببطان الدين أو بانقضاءه . ٢ — فإن لم يمارض المدين في الوفاء ، بقى الكفايل حقه في الرجوع عليه ولو كان المدين قد دفع الدين أو كانت لديه أسباب تقضى ببطلانه أو بانقضاءه . على أننا سنرى فيما يلى أن هناك فروقاً كثيرة بين المدين المتضامن والكفايل ، وبخاصة في علاقة كل منهما بالدائن (انظر ما يلى فقرة ٢٠٨) .

(١) حل أن كثيراً من الفقهاء في فرنسا يذهبون إلى أنه يستعز أن يكون الجزء من الدين الذي وفاه المدين للدائن معادلاً لحصته فيه أو أكثر أو أقل ، فله أن يرجع في كل هذه الأحوال حل المدينين الآخرين .

ويقولون في تبرير هذا الرأي أن المدين عندما يوفى الدين أو أى جزء منه إنما يسمل بالأصالة من نفسه وبالنيابة عن سائر المدينين المتضامنين ، فله عليهم حق الرجوع في حدود ما وفاه من الدين (ديرانتون ١١ فقرة ٢٤٥ — لارومبيير ٣ م ١٢١٤ فقرة ٥ — ديمولومب ٢٦ فقرة ٤٢٦ وفقرة ٤٤٤ — فقرة ٤٤٦ — هيك ٧ فقرة ٣٣٣ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢٦٩) . والصحيح في رأينا أنه يجب التمييز — عندما يني المدين بجزء من الدين — بين ما إذا كان قد اتفق مع الدائن على أنه إنما يدفع له حصته في الدين أو جزءاً منها ، أو لم يتفق معه على ذلك . =

٢٠٥ - الأسس القانونية لمجموع المدين - الدعوى التخصية

ودعوى المحاول : والآن نبين الأسس القانونية التي يقوم عليها رجوع المدين المتضامن على المدينين المتضامين الآخرين عند وفاته للدائن بالدين ، فهو

في الحالة الأولى لا يرجع للمدين على المدينين الآخرين ، ويرجع في الحالة الثانية . بل نحن نذهب إلى أبعد من ذلك ، ونفترض ، عندما يوفى المدين جزءاً من الدين ، أن هناك اتفاقاً ضمناً بينه وبين الدائن على أنه إنما يوفى حصته في الدين أو جزءاً منها ، فذلك أقرب إلى المألوف في التعامل ، وأيسر في تصفية العلاقات المختلفة ما بين المدينين المتضامين . ولتوضيح ذلك نفرض أن الدين ثلاثة ، وأن المدينين المتضامين ثلاثة بمحصول مساوية ، وقد دفع المدين الأول للدائن مائة ، ثم دفع الثاني للدائن المائتين الباقيتين . فإذا أخذنا بالرأى الذي يقول برجوع المدين على المدينين الآخرين عند وفاته بجزء من الدين ، وجب أن يرجع الأول على كل من الثاني والثالث بثلث المائة ، ويجب أن يرجع الثاني على كل من الأول والثالث بثلث المائتين . فيأخذ الأول من الثاني $\frac{1}{3} \times 33$ ، ويعطيه $\frac{2}{3} \times 66$ ، أي يعطيه في النهاية $\frac{1}{3} \times 33$. ثم يأخذ من الثالث $\frac{1}{3} \times 33$ ، فينتهي إلى أن يكون قد أخذ من الثالث مثل ما أعطى الثاني ، ويخرج من كل ذلك على أنه قد دفع لدائن حصته في الدين . ثم إن الثاني يأخذ في النهاية من الأول $\frac{1}{3} \times 33$ كما قلنا ، ويأخذ من الثالث $\frac{2}{3} \times 66$ ، فيكون ما أخذه منهما ١٠٠ . وقد دفع ٢٠٠ لدائن ، فينتهي إلى أن يكون قد تحمل ١٠٠ هي حصته في الدين ! أليس خيراً من ذلك أن تقول إن المدين الأول قد دفع للدائن مائة وهي حصته في الدين ، فلا يرجع على أحد بشيء . ثم إن المدين الثاني ، الذي دفع المائتين للدائن ، يرجع على المدين الثالث بمائة هي حصته في الدين ، ويكون من كل من المدينين الثلاثة قد تحمل على هذا الوجه حصته في الدين من أيسر الطرق ؟ هذا وقد نص التفتين المدين المراق صراحة (م ١/٣٢٤) على هذا الرأى الذي نذهب إليه إذ يقول : « لمن قضى الدين من المدينين المتضامين الرجوع على الباقيين بما دفعه زائداً على ما هو واجب عليه » . كذلك يذهب أوبري ورو إلى أنه لا بد لقيام حق الرجوع من أن يكون المدين قد وفى الدائن أكثر من حصته في الدين (أوبري ورو ٤ فقرة ٢٩٨ مكرر ص ٥١ — وانظر أيضاً الأستاذ عبد الحى حجازي ١ ص ٢٤٩ — ص ٢٥٠ والأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٩٧ ص ٢٧٩ وص ٢٩٨ هامش رقم ١) . وهذا ما ذهب إليه أيضاً محكمة النقض إذ قضت بأنه يشترط لرجوع المدين المتضامن على المدين المتضامن منه أن يكون وفى أكثر من نصيبه في الدين ، وإذاً ففي كان الواقع أن الطاعن مدين بالتضامن مع المظنون عليه في عقد رهن ، وكان الحكم المظنون فيه قد أثبت بأسباب سائفة أنه لم يوف من الدين المضمون بالرهن إلا أقل مما التزم به بمقتضى محضر الصلح المبرم بينه وبين المظنون عليه ، فإن ما يزعمه من أن جميع أقساط الدين موضوع الصلح واجبة الأداء له لا سند له من القانون (نقض مدني ٦ مارس سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٠٠ ص ٥٨٥) . والنظر أيضاً ملطاً ٢٦ إبريل سنة ١٩٣٤ انضمام ١٦ رقم ٣٤ ص ٧٧ .

يرجع إما بالدعوى الشخصية (action personnelle) وإما بدعوى الحلول (action en subrogation) .

يرجع بالدعوى الشخصية إذا نظرنا إلى سابق علاقته بالمدينين المتضامين الآخرين ، فهم في الغالب جميعاً أصحاب مصلحة مشتركة في الدين . فإذا أدى واحد منهم الدين عن الباقي ، فهو إما أن يكون وكيلًا عنهم فيرجع عليهم بدعوى الوكالة (م ٧١٠ مدني) ، وإما أن يكون فضوليًا يعمل لمصلحتهم فيرجع عليهم بدعوى الفضالة (م ١٩٥ مدني) . وكل من دعوى الوكالة ودعوى الفضالة دعوى شخصية تسمح للمدين الذي وفي الدين أن يرجع على كل من المدينين الآخرين بقدر حصته فيه . ومزية هذه الدعوى الشخصية هي أنها تجعل للمدين الحق في تقاضي فوائد عما دفعه للدائن زائدًا على حصته لحساب المدينين الآخرين من يوم الدفع . ذلك أن المدين إذا رجع بدعوى الوكالة ، فإن المادة ٧١٠ مدني تقضي بأنه « على الموكل أن يرد للوكيل ما أنفق في تنفيذ الوكالة التنفيذ المعتاد ، مع الفوائد من وقت الإنفاق » . وإذا هو رجع بدعوى الفضالة ، فإن المادة ١٩٥ مدني تقضي بأن « يكون رب العمل ملزمًا بأن ينفذ التعهدات التي عقدها الفضولي لحسابه ، وأن يعرضه عن التعهدات التي التزم بها ، وأن يرد له النفقات الضرورية والنافعة التي سوغتها الظروف مضافاً إليها فوائدها من يوم دفعها » . وليست الفوائد التي يتقاضاها المدين المتضامن من المدينين الآخرين هي الفوائد التي ينتجها المدين الأصلي ، فهذه يستردها المدين مع أصل الدين وتلحق به ، ولكنها فوائد مستقلة يتقاضاها — بالسعر القانوني أو بالسعر الاتفاقي إذا كان هناك اتفاق على ذلك — على مجموع المبالغ ، من رأس مال وفوائد ومصروفات ، التي أداها للدائن زائدًا على حصته في الدين (١) ، فيتقاضاها حتى لو كان الدين الذي وفاه للدائن لا ينتج فوائد أصلاً (٢) .

(١) استئناف مخطط ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٢٣ م ٢٦ ص ١١٠ .

(٢) ديمولوب ٢٦ ققرة ٤٤٢ — بودري وبارد ٢ ققرة ١٢٦٦ — ويتبادر هذه الفوائد في رأينا بخمس سنوات لا بخمس عشرة سنة (انظر في هذه المسألة بودري وتيسيه ققرة ٧٨٤ — بودري وبارد ٢ ققرة ١٢٦٧) .

ولا يرجع المدين المتضامن على المدينين الآخرين بالمصروفات التي حكم بها عليه للدائن إذا هو لم ينف بالدين بمجرد مطالبة به ، لأنه هو الذي تسبب ، بتأخره في الوفاء بالدين ، —

ويرجع المدين المتضامن الذى وفى الدين بدعوى الحلول (١) ، أى بدعوى الدائن الذى وفاه الدين وقد حل محله فيه ، وهذا بموجب المادة ٣٢٦ مدنى وتنص على أنه « إذا قام بالوفاء شخص غير المدين ، حل الموفى محل الدائن الذى استوفى حقه فى الأحوال الآتية: (١) إذا كان الموفى ملزماً بالدين مع المدينين أو ملزماً بوفائه عنه... » . والمدين المتضامن الذى وفى الدين ملزماً بالدين مع المدينين الآخرين ، فإذا وفاه للدائن حل محله فيه عند الرجوع على المدينين الآخرين . ومزية دعوى الحلول هذه أن المدين المتضامن إذا رجع بها تكون له التأمينات ذاتها التى كانت الدائن ، بعد أن حل محله ، إذ هو يرجع بنفس الدين الذى وفاه بما له من ضمانات ، لا بدعوى شخصية مستمدة من الوكالة أو الفضالة . وهذا الحكم تنص عليه صراحة المادة ٣٢٩ مدنى إذ تقول : « من حل قانوناً أو اتفاقاً محل الدائن كان له حقه ، بما لهذا الحق من خصائص ، وما يلحقه من توابع ، وما يكفله من تأمينات ، وما يرد عليه من دفع ، ويكون هذا الحل بالقدر الذى أداه من ماله من حل محل الدائن » .

على أن الدعوى الشخصية ، إذا كانت دعوى الحلول تمتاز عنها فى التأمينات ، تمتاز هى على دعوى الحلول فى أمرين : (١) إذا رجع المدين بالدعوى الشخصية كان له أن يتقاضى فوائد عن المبالغ التى دفعها للدائن زائداً على حصته فى الدين كما سبق القول . أما دعوى الحلول فلا يتقاضى فيها المدين إلا فوائد الدين الأصل الذى يكون قد دفعها للدائن ، إذا كان من شأن هذا الدين أن ينتج فوائد (٢) . (٣) يسرى التقادم بالنسبة إلى الدعوى الشخصية من وقت وفاء المدين الدين للدائن ، فواقعة الوفاء هذه هى مصدر الدعوى الشخصية . أما بالنسبة

= فى الحكم عليه بهذه المصروفات (دعوى لوب ٢٦ فقرة ٤٤٣ - بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢٦٨ - بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢٦٨ - وقارن لارومبيير ٣ م ١٢١٤ فقرة ٨) . ولكن إذا هو طالب بدوره المدينين الآخرين كلا بحصته ، وتأخر هؤلاء فى الوفاء ، حكم له هو أيضاً عليهم بالمصروفات بداعة لتأخرهم فى الدفع .

(١) استئناف أهرلى ٤ ديسمبر سنة ١٩٠٠ الحقوق ١٧ ص ١٦٣ .

(٢) وقد تكون فوائد هذا الدين الأصل هى فوائد قانونية استحققت من وقت أن طالب الدائن بحقه المدينين المتضامين مطالبة قضائية (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢٥٧) .

إلى دعوى الحلول ، فإن التقادم كان ساريا من وقت حلول الدين الذى وفاه المدين ، وبديهي أن هذا الوقت متقدم على وقت الوفاء ، فتتقدم دعوى الحلول قبل أن تتقدم الدعوى الشخصية لو كانت مدة التقادم المقررة قانونا لكل من الدعويين مدة واحدة (١) .

٢٠٦ - انقسام الدين على المدينين المتضامنين وتعيين حصص كل منهم :
قدمنا أن التضامن لا يقوم إلا فى العلاقة ما بين الدائن والمدينين المتضامنين ، أما فى علاقة المدينين بعضهم ببعض فلا يقوم التضامن ، وإنما ينقسم الدين بينهم كل بقدر حصته (٢) .

وينقسم الدين على المدينين المتضامنين على الوجه المتقدم الذكر ، حتى لو كان المدين الذى وفى الدين « بماله من حق الحلول قد رجع بدعوى الدائن » ، كما تقول العبارة الأخيرة من الفقرة الأولى من المادة ٢٩٧ مدنى . وقد كان منطق دعوى الحلول يقتضى أن يرجع المدين بما كان يرجع به الدائن نفسه ، أى يرجع بكل الدين على أى مدين متضامن آخر بعد أن يستول حصته هو من الدين . ولكن العمل بمقتضى هذا المنطق يؤدى إلى سلسلة من دعاوى الرجوع لا مبرر لها . فلو أن المدينين المتضامنين كانوا مثلا خمسة حصصهم فى الدين متساوية ،

(١) بأن تكون دعوى الدين الأصل (أى دعوى الحلول) تتقدم بثلاث سنوات أو بخمس عشرة سنة كما تتقدم دعوى الفضالة (م ١٩٧ مدنى) ، أو تتقدم بخمس عشرة سنة كما تتقدم دعوى الوكالة (م ٣٧٤ مدنى) — وبديهي أنه إذا اخطلقت مدة التقادم ، فالدعوى التى تتقدم قبل الأخرى هى التى تكون مدة التقادم فيها أقصر .

وانظر فى الأساس القانونى لحق رجوع المدين المتضامن على المدينين الآخرين المذكورة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٩٩ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن المادة ١١٥ مدنى (قديم) تنص على أنه إذا قام أحد المتضامنين فى الدين بأدائه ، جاز له الرجوع على باقى المدينين معه كل بقدر حصته فى الدين . وفساد هذا أن تضامن المدينين قبل الدائن لا يلزم من تضامنهم بعضهم قبل بعض ، فالحكم الذى يقضى باعتبار المدينين متضامنين فيما بينهم لكونهم متضامنين قبل الدائن مخالفاً للقانون ، متعبثاً بنقضه (نقض مدنى ٢٧ فبراير سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ١٠٤ ص ٣٣٤) . انظر أيضاً : استئناف أمل ٣٠ مايو سنة ١٨٩٣ الحقوق ٦ ص ٣٤٨ - ١٨ مايو سنة ١٨٩٧ الحقوق ١٢ ص ٢٨٠ .

وكان الدين خمسمائة ، ووفى أحدهم كل الدين للدائن ، وحل محله فيه ، فان منطق دعوى الحلول يقتضى كما قلنا أن يرجع المدين الذى وفى الدين على أحد المدينين المتضامنين الأربعة بأربعمائة ، وهذا الثانى يرجع على الثالث بثلاثمائة ، وهذا الثالث يرجع على الرابع بمائتين ، وهذا الرابع يرجع على الخامس بمائة . فالأولى من الناحية العملية أن يقسم المدين الأول منذ البداية الدين على المدينين الأربعة ، ويرجع على كل منهم بمائة . ولاضرب عليه من هذا التقسيم ، فانه إذا وجد أحدهم معسراً رجع على الثلاثة المومنين بنصيب كل منهم فى حصة المعسر كما سئى . هذا إلى أن المنطق الذى أوردناه لدعوى الحلول يعارضه منطق آخر للدعوى نفسها . ذلك أن المدين الذى وفى الدين فى المثل المتقدم إذا رجع على أحد المدينين الأربعة بأربعمائة ، كان لهذا المدين الثانى بعد أن يدفع الأربعمائة للمدين الأول أن يحل هو أيضاً محل الدائن قبل هذا المدين الأول بالذات بعد أن يستنزل حصته من الدين ، فيرجع عليه بثلاثمائة . فيكون المدين الأول قد استوفى من المدين الثانى أربعمائة ثم وفاه ثلاثمائة فى دعوتين متتابعتين ، فمخلص له من كل ذلك مائة ، فالأولى إذن أن يستوفى هذه المائة منذ البداية وفى دعوى واحدة(١).

إذن ينقسم الدين - سواء كان الرجوع بالدعوى الشخصية أو بدعوى الحلول - على المتضامنين كل بقدر حصته ، ولا يرجع المدين الذى وفى الدين كله على أى مدين آخر إلا بمقدار هذه الحصة . ويبقى بعد ذلك أن نرى كيف

(١) انظر فى هذا المعنى يوتيه فى الالتزامات فقرة ٢٨ . وانظر أيضاً بلاتويل وريير وجابولر ٧ فقرة ١٠٩٤ . ويقول جوسران فى هذا الصدد إن انقسام الدين على المدينين المتضامنين فى علاقتهم بعضهم ببعض لا يفسر بالرغبة فى تجنب سلسلة من دعاوى الرجوع لا يمر لها . فواء رجع المدين الذى وفى كل الدين على المدين الثانى بكل الدين بعد استنزال حصته ثم رجع الثانى على الثالث بالباقي بعد استنزال حصته وهكذا ، وهذه هى دعاوى رجوع أربع ، وهذه أو رجع المدين الأول منذ البداية على كل من المدينين الأربعة الآخرين بحصته فى الدين ، وهذه هى أيضاً دعاوى رجوع أربع ، فإن عدد دعاوى الرجوع واحد فى الحالتين . ويفسر جوسران انقسام الدين بأن التضامن ينتفى بمجرد استيفاء الدائن حقه ، فينقسم الدين بانقضاء التضامن بعد أن أصبح الأمر مقتصرأ على علاقة المدينين بعضهم ببعض . فاذا حل المدين الذى وفى الدين محل الدائن ، حل فى دين منقسم ، فلا يرجع على أى مدين آخر إلا بمقدار حصته فى الدين (جوسران ٢ فقرة ٧٧٩) .

تتعين حصص المدينين المتضامنين في الدين . هنا نقول الفقرة الثانية من المادة ٢٩٧ مدنى : « وينقسم الدين إذا وفاه أحد المدينين حصصاً متساوية بين الجميع ، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك » .

فاذا وجد اتفاق بين المدينين المتضامنين ، منذ نشوء الدين ، على تعيين حصة كل منهم فيه ، وجب العمل بهذا الاتفاق . وقد يكون ضمنياً ، كما إذا اشترى ثلاثة داراً في الشيوع ، للأول النصف وللثاني الثلث وللثالث السدس ، وتضامنوا في دفع الثمن للبائع ، فينقسم الدين بينهم بنسبة حصة كل منهم في الدار . ويجب على كل حال إثبات الاتفاق وفقاً للقواعد العامة في الإثبات ، فاذا أراد أحد المدينين إثبات مقدار حصة مدين آخر في الدين وكانت قيمة هذه الحصة تزيد على عشرة جنيهات ، وجب الإثبات بالكتابة أو بما يقوم مقامها(١).

وإذا لم يوجد اتفاق ولكن وجد نص في القانون يرسم طريقة تعيين حصة كل مدين متضامن ، وجب اتباع النص . من ذلك أن الورثة إذا استدانوا للإنفاق على مصلحة التركة ، وكانوا متضامنين في الدين ، فالقانون يعين حصة كل منهم في الدين بقدر حصته في الميراث . ومن ذلك أيضاً ما نصت عليه المادة ١٦٩ مدنى من أنه « إذا تعدد المسئولون عن عمل ضار ، كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر ، وتكون المسئولية فيما بينهم بالتساوى ، إلا إذا عين القاضى نصيب كل منهم في التعويض » . فيجوز إذن للقاضى ، بموجب هذا النص القانونى ، أن يعين حصة كل من المسئولين عن العمل الضار في التعويض الذى يلتزمون به ، على حسب جسامه خطأ كل منهم ومدى ما أحدثه بفعله من الضرر(٢) .

(١) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢٥٦ .

(٢) وفي هذا نقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « والفائدة أن الدين ينقسم بين المدينين بالنسبة المتفق عليها أو المحددة بمقتضى نص في القانون . من ذلك مثلاً نص المادة ٢/٢٣٦ من المشروع ، الخاص بدرجة جسامه الخطأ فيما يتعلق بالتضامن في المسئولية من الفعل الضار » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٩٨) . وانظر الوسيط الجزء الأول فقرة ٥٩٩ وفقرة ٦٢٠ ص ٩٣٠ .

فاذا لم يوجد اتفاق أو نص في القانون يعين حصة كل من المدينين المتضامنين في الدين ، لم يبق إلا جعل حصص المدينين جميعاً متساوية ، إذ لا مبرر لجعل حصة أكبر من الأخرى ، ويفترض تساويهم في مصلحتهم المشتركة في الدين (١).

٢٠٧ — تحمل المورسين من المدينين المتضامنين حصص المعسر من مضم:
 رأينا أن المادة ٢٩٨ مدني تنص على أنه : « إذا أعسر أحد المدينين المتضامنين تحمل تبعة هذا الإعصار المدين الذي وفي بالدين وسائر المدينين المورسين كل بقدر حصته ». وهنا تبرز فكرة التضامن ما بين المدينين ، فتلاصق حتى علاقة المدينين فيما بينهم . ذلك أنهم ، حتى في علاقتهم بعضهم ببعض ، يتضامنون في تحمل حصة المعسر منهم . ولكن هذه الحصة تنقسم بينهم بنسبة الحصة الأصلية لكل منهم في الدين ، فلا يرجع المدين الذي وفي كل الدين على أى من المدينين المورسين إلا بمقدار حصته ونصيبه فقط في حصة المعسر . فلو أن المدينين المتضامنين كانوا ثلاثة حصصهم في الدين متساوية ، وكان الدين ثلثائة ، ودفعه واحد منهم ، فانه يرجع على كل من الاثنين الآخرين بمائة . فلو كان واحد منهما معسراً رجع الدافع على المورس بمائة وخمسين ، مائة هي حصة المورس في الدين وخمسين هي نصيبه في حصة المعسر . وتحمل الدافع في النهاية هو أيضاً مائة وخمسين ، حصته في الدين ونصيبه في حصة المعسر (٢) . وقد قلنا أنه إذا أبرأ الدائن أحد المدينين المتضامنين من الدين أو من التضامن ، فان هذا المدين — ما لم يخله الدائن من المسؤولية — يتحمل هو أيضاً نصيبه في حصة المعسر وإلى هذا كله تشير المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى حين تقول : « وإذا أعسر أحدهم تحمل تبعة هذا الإعصار سائر المدينين ، حتى من قام منهم بالوفاء بالدين . وقد تقدمت الإشارة

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٩٩ — وانظر أيضاً بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢٥٦ .

(٢) ولا يجوز أن يتحمل المدين الذى وفي الدين وحده حصة المعسر كلها ، وإلا لجاز للدائن أن يتحكم ، ولتوقف حل اختياره مديناً دون آخر في الرجوع بالدين أن يتحمل هذا المدين وحده تبعة الاعصار . هذا إلى أنه ليس من الإنصاف أن جزاء المدين الذى قام بالوفاء عن جميع المدينين ، فعيل إبراء ذمتهم من الدين ، أن يتحمل وحده حصة المعسر منهم (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢٦٠) .

إلى أن من أبرء منه المدينين المتضامنين من الدين أو من التضامن يتحمل نصيبه في تبعة الأعسار (١) .

ويذهب الفقه في فرنسا إلى أن العبرة في قيام الإعسار تكون بالوقت الذي وفي فيه المدين المتضامن الدين للدائن ، فقد نشأ حقه في الرجوع على المدينين المتضامنين ، بما في ذلك تقسيم حصة المعسر على المومرين ، في هذا الوقت . فإذا كان المدينون المتضامنون الآخرون مومرين جميعا وقت الوفاء للدائن ، وتأخر المدين الذي وفي الدين في الرجوع عليهم حتى أعسر واحد منهم ، فالمدين الذي وفي الدين هو وحده الذي يتحمل حصة هذا المعسر جزاء تأخره في الرجوع عليه (٢) . ويبدو أن هذا الرأي محل للنظر . فقد يطالب الدائن أحد المدينين المتضامنين بالدين ، فيبادر هذا المدين إلى إدخال باقي المدينين المتضامنين معه في الدعوى ليحكم على كل بمحصته في الدين ، ويكون المدينون جميعا مومرين وقت تنفيذ الدائن بالدين كله على أموال من رفع عليه الدعوى . ثم يعسر أحد المدينين قبل أن يتمكن للمدين الذي وفي الدين من استيفاء حصة هذا المدين الذي أعسر . فهنا لا يمكن أن ينسب أى تقصير إلى المدين الذي وفي الدين ، وليس من العدل أن يتحمل وحده حصة المدين المعسر . من أجل ذلك نرى التحفظ في الرأي الذي يذهب إليه الفقه الفرنسي ، فيكون الأصل في الإعسار أن يقوم وقت الوفاء للدائن ، فإذا وقع بعد هذا الوقت ، تحمل المدين الذي وفي الدين وحده حصة المعسر ، إلا إذا أثبت أنه لم يقصر إطلاقا في المحافظة على حقه ضد المدين المعسر (٣) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٩٩ .

(٢) لارومبيير ٣ م ١٢١٤ فقرة ٩ — ديولوب ٢٦ فقرة ٤٢٥ — بودرى وبارد ٢

فقرة ١٢٦٠ — دي بلاج ٣ فقرة ٣٦٩ ص ٣٣٤ .

(٣) ويرى الأستاذ عبد الحى حجازى أن التفتين المدعى المصرى الجديد لم يأخذ بالرأى الذى يذهب إليه الفقه الفرنسى في هذه المسألة ، فيقول : « وليس في القانون المدعى المصرى الجديد ما يفيد أنه أخذ أو يحيل إلى الأخذ بهذا الرأى . إن القانون يقول : إذا أعسر أحد المدينين المتضامنين ... وهذا يفيد أنه يجب الاحتياط بالوقت الذى يحصل فيه الرجوع ، لا بالوقت الذى حصل فيه الوفاء . ومع ذلك فن الواضح أنه إذا ثبت أن المدين الموفى قد تملك في الرجوع على سائر المدينين المتضامنين بما يحمله مقصراً ، وأنه لو كان قد بادر إلى الرجوع لما أسابه فيه من »

٢٠٨ — تحمل أصحاب المصلحة في الدين وهرهم بكل الدين : رأينا أن المادة ٢٩٩ مدني تنص على أنه « إذا كان أحد المدينين المتضامنين هو وحده صاحب المصلحة في الدين ، فهو الذي يتحمل به كله نحو الباقيين » . ويظهر من هذا النص أن هناك حالة لا يكون فيها المدينون المتضامنون جميعاً أصحاب المصلحة في الدين ، بل يكون واحد منهم أو أكثر (١) هم أصحاب المصلحة دون الآخرين . فإذا يكون ، في هذه الحالة ، شأن هؤلاء الآخرين الذين ليست لهم مصلحة في الدين ، أي ليسوا هم المدينين الحقيقيين ، ومع ذلك يتضامنون في الدين مع أصحاب المصلحة فيه ؟ إنهم يكونون لاشك كفلاء لأصحاب المصلحة ، وأصحاب المصلحة وحدهم هم المدينون الحقيقيون أو المدينون الأصليون . يبقى أن ننظر لماذا لم يبرز هؤلاء وأولئك في الوضع القانوني المألوف ، مدنيين أصليين وكفلاء ، بل برزوا جميعاً مدنيين متضامين ؟ يسوقنا هذا إلى إيراد عجلة سريعة في تاريخ الكفالة .

لم يكن القانون الروماني القديم يعرف الكفالة في وضعها الحديث ، ولم يكن متصوراً في صناعة هذا القانون أن شخصاً آخر يلتزم بنفس الدين الذي التزم به المدين دون أن يكون مديناً أصلياً معه ، لا مجرد مدين تابع . فلم يكن هناك بد ، إذا أريد أن يكون للمدين كفيل ، من أن يلتزم الكفيل بالدين التزاماً أصلياً كما التزم المدين . ولما كان التضامن معروفاً منذ زمن قديم وقد سبق الكفالة — بل هو الأصل الذي نشأت الكفالة عنه (٢) — فقد استخدم لتأدية أغراض الكفالة . فالكفيل كان إذن ، في القانون الروماني القديم ، مديناً متضامناً مع المدين

— جراء هذا الإصرار اللاحق ، عندل يعتبر خطأ ، ويؤدي تطبيق القواعد العامة في هذه الحالة إلى عدم تحمل المدينين المتضامين هذا الإصرار اللاحق (الأستاذ عبد الحى حجازي ١ ص ٢٤٨ هامش رقم ١) .

(١) فليس من الضروري أن يكون واحد فقط هو صاحب المصلحة ، وإذا كان النص قد جرى بأن أحد المدينين المتضامين هو وحده صاحب المصلحة ، فهذا لا يمنع من أن يكون صاحب المصلحة أكثر من واحد ، والمهم هو ألا يكون المدينون المتضامنون جميعاً شركاء في المصلحة (انظر بودي وبارد ٢ فقرة ١٢٧٢ ص ٣٨١ — لاروميير ٣ ١٢١٦ م فقرة ١) . (٢) وهذا بخلاف الفقه الإسلامي ، فقد كانت الكفالة هي الأصل الذي نشأ عنه التضامن (انظر آنفاً فقرة ١٥٠ في الهامش) .

الأصلى . ثم ما لبث القانون الرومانى أن تطور ، وبدأت معالم الكفالة تتبين شيئاً فشيئاً ، فأعطى للكفيل حق التقسيم إذا تعدد ، ثم أعطى له حق تجريد المدين ، ثم اعترف فى النهاية أن التزامه ليس التزاماً أصلياً بل هو التزام تابع لالتزام المدين المكفول (١) . على أن مقتضيات الاثبات استوجبت أن تتنوع الكفالة لتزيد توثيقاً للدين ، فرجعت فى تنوعها إلى ما كانت عليه من قبل ، وأصبحت فى الوقت الحاضر تنطوى على صور متدرجة .

فأبسط صورها وأضعفها توثيقاً للدين هى ، كما أشرنا إلى ذلك فى مكان آخر (٢) ، أن يكفل الكفيل المدين دون أن يتضامن معه ، ودون أن يتضامن مع الكفلاء الآخرين . فيكون الكفيل فى هذه الصورة مدينّاً تابعاً ، له حق تجريد المدين الأصلى ، وله حق التقسيم مع الكفلاء الآخرين .

ثم تأتى صورة ثانية للكفالة هى أقوى فى توثيق الدين ، فيكفل الكفيل المدين دون أن يتضامن معه ، ولكنه يتضامن مع الكفلاء الآخرين . وهنا يبقى الكفيل مدينّاً تابعاً ، ويبقى له حق تجريد المدين ، ولكن ليس له حق التقسيم مع الكفلاء الآخرين الذين تضامن معهم .

ثم تأتى صورة ثالثة للكفالة تزيد قوة فى توثيق الدين ، هى أن يكفل الكفيل المدين ويتضامن معه كما يتضامن مع الكفلاء الآخرين . وهنا يبقى الكفيل مدينّاً تابعاً ، ولكن ليس له حق التقسيم مع الكفلاء الآخرين لأنه متضامن معهم ، وليس له كذلك حق تجريد المدين لأنه أيضاً متضامن معه .

ثم تأتى الصورة الأخيرة للكفالة ، وهى أقوى الصور جميعاً فى مراتب التوثيق . فيكفل الكفيل الدين فيها بينه وبين المدين ، ولكنه يتقدم إلى الدائن مدينّاً متضامناً مع المدين الأصلى ، ومتضامناً مع الكفلاء الآخرين ، الذين يتقدمون هم أيضاً مدينّين متضامنين مع المدين . وهكذا تعود الكفالة إلى ما كانت عليه فى عهدها القديم ، ولكن لأسباب لا ترجع إلى الصناعة القانونية كما كان الأمر فى القانون

(١) جزار الطبعة الثالثة ص ٦٨٧ و ص ٧٤٤ . وانظر فى هذه المسألة وفى تطور الكفالة فى القانون الفرنسى القديم بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢٧٦ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ١٦٤ .

الرومانى القديم ، بل ترجع إلى اعتبارات عملية هى الوصول فى توثيق الدين إلى أبعد غاياته . وهنا لا يكون للكفيل حق التقسيم مع الكفلاء الآخرين ، ولا حق تجريد المدين ، بل هو لا يبقى مديناً تابعاً ، وإنما يكون مديناً أصلياً متضامناً مع المدين المكفول .

هذه الصورة الأخيرة هى التى تعيننا هنا ، إذ نرى أمامنا فيها مدينين متضامنين متعددين فى دين واحد ، ولكن واحداً (أو أكثر) من هؤلاء المدينين هو صاحب المصلحة فى الدين ، أى هو المدين الأصلى ، والباقي ليسو إلا كفلاء عنه ، ولكنهم تقدموا إلى الدائن بوصفهم جميعاً مدينين أصليين متضامنين (١) . والمبدأ الأساسى فى هذه الحالة هو التمييز ما بين علاقة هؤلاء المدينين المتضامنين بالدائن إذ تسرى قواعد التضامن ، وعلاقتهم بعضهم ببعض إذ تسرى قواعد الكفالة .

فى علاقتهم بالدائن ، تسرى قواعد التضامن دون قواعد الكفالة . ومن ثم لا يكون لهم حق تقسيم الدين بينهم ولا حق تجريد المدين الأصلى ، بل يكون كل منهم مسئولاً قبل الدائن عن كل الدين . كذلك لا يكون لأى منهم أن يتمسك بالدفع الخاصة بغيره ولو كان هذا الغير هو المدين الأصلى ، بل لا يتمسك إلا بالدفع الخاصة به وبالدفع المشتركة بينهم جميعاً (٢) . ولا تبرأ ذمة أى منهم بقدر ما أضعاه الدائن بخطأه من الضمانات ، كما تبرأ ذمة الكفيل

(١) ومن التطبيقات العملية لهذه الصورة الأخيرة : (أ) التابع والمتبوع ، فهما مسئولان بالتضامن قبل المضرور ، ولكن التابع وحده هو صاحب المصلحة فى الدين . (ب) من هو تحت الرقابة ومتولى الرقابة ، فهما مسئولان أيضاً بالتضامن قبل المضرور ، ولكن الأول منهما هو وحده صاحب المصلحة فى الدين . (ج) صاحب الكيالة والمسحوب عليه والمظهرون للكيالة وضامنوها كلهم مدينون متضامنون قبل حامل الكيالة ، ولكن صاحب المصلحة فى الدين منهم هو المسحوب عليه وحده إذا كان قد قبل الكيالة أو عتده مقابل لوفاء (Provision) ، وإلا فالساحب (لكونه كان ويؤثر الطبيعة الخامسة ٤ فقرة ٢٦٧ و فقرة ٣٩٠ وما يبعدها — الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام ص ٢٩٧ هامش رقم ١) .

(٢) فليس له مثلاً أن يتمسك بالتجديد أو بالمقاصة أو بإتخاذ اللزمة أو بالإبراء أو بالتقادم إذا وقع شيء من ذلك مع مدين متضامن آخر ولو كان هو المدين الأصلى ، إلا بقدر حصه هذا المدين . ولو أجرين أحكام الكفالة ، لكان له أن يتمسك بهذه الدفع فى كل الدين ، ما دام المدين الأصلى يستطيع أن يتمسك بها .

(م ٧٨٤ مدني ١). ولا تبرأ ذمة أى منهم إذا لم يقيم الدائن باتخاذ الإجراءات ضد المدين الأصلي خلال ستة أشهر من إنذار الدائن بذلك ، كما تبرأ ذمة الكفيل (م ٢/٧٨٥ مدني) . ولا يسقط جنى الدائن في الرجوع عليهم حتى لو أفلس المدين الأصلي ولم يتقدم الدائن في تفليسته ، كما يسقط حقه في الرجوع على الكفيل (م ٧٨٦ مدني) . وإذا كان هناك تأمين عيني خصص لضمان الدين ، جاز مع ذلك للدائن أن ينفذ على أمواله قبل التنفيذ على الأموال التي خصصت لهذا التأمين ، ولا يجوز بالنسبة إلى الكفيل التنفيذ على أمواله إلا بعد التنفيذ على الأموال المخصصة للتأمين (م ٧٩١ مدني) (٢) .

(١) لارومبير م ٣ ١٢٠٨ ققرة ٤ — ديمولوب ٢٦ ققرة ٤٩٥ — ققرة ٥٠٠ — لوران ١٧ ققرة ٣٤٢ — هيك ١٢ ققرة ٢٥٢ — أوبري ورو ٤ ققرة ٢٩٨ مكررة ثالثا ص ٥٤ — ص ٥٧ — بودرى وبارد ٢ ققرة ١٢٨٩ — بيدان ولا جارد ٨ ص ٦١٥ هامش رقم ٣ — انظر عكس ذلك : ديراتون ٢٨ ققرة ٢٨٢ في الهامش — تولى ٧ ققرة ١٧٢ — الموجز للمؤلف ققرة ٥٠٩ ص ٥٢٠ هامش رقم ٣ ، وقد كنا من هذا الرأي العكسي في الموجز ، واحتدنا في ذلك على حكم محكمة الاستئناف المخططة ، ولكن الصحيح هو الرأي الذي بصفناه في المتن . وكانت محكمة الاستئناف المخططة قد قضت بأن المدينين المتضامين ، وهم كفلاء بعضهم لبعض ، تسرى عليهم أحكام الكفالة ، فيجوز لأي منهم أن يتمسك على الدائن بسقوط حقه بقدر ما أضاعه بخطأه من التأمينات (١٧ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٤٨٢) . ولكن هذه المحكمة رجعت عن هذا الرأي بعد ذلك ، فقضت بأن المدينين المتضامين ، وإن كانوا في علاقتهم فيما بينهم كفلاء بعضهم لبعض ، إلا أنهم في علاقتهم بالدائن يعتبر كل منهم مديناً أصلياً ، فليس له أن يتمسك بما يتمسك به الكفيل ، وليس له بنوع خاص أن يتمسك بإضاعة التأمينات (استئناف مخطط ١٧ فبراير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٧٩ — ٢٧ فبراير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٧١) .

ويستثنى بودرى وبارد من القاعدة التي تقضي بأنه لا يجوز للمدين المتضامن أن يتمسك على الدائن بإضاعة التأمينات حاليين : (١) إذا أضاع الدائن التأمينات بسوء نية ، بأن اتفق مثلاً مع المدين الذي قدم التأمينات أن ينزل له عنها في مقابل مبلغ من النقود ، وتصر رجوعه على المدينين الآخرين (بودرى وبارد ٢ ققرة ١٢٩٠) . (ب) إذا كان هناك اتفاق بين الدائن والمدينين المتضامين على أنه لا يجوز للدائن أن يضيح التأمينات بخطأه . وقد يكون هذا الاتفاق ضمنيّاً ، بأن يكون الدائن مثلاً عالماً بأن المدينين المتضامين الآخرين لم يقبلوا التضامن إلا بعد أن قدمت هذه التأمينات (بودرى وبارد ٢ ققرة ١٢٩١) .

(٢) على أنه إذا كان الدائن يعلم أن مديناً متضامناً هو وحده صاحب المصلحة في الدين ، ثم أبراه منه ، فليس له أن يرجع بذلك بثيء على المدينين الآخرين . ذلك أنه إذا رجع على — (م ٢٤ — الوسيط)

أما في علاقتهم ببعضهم بعض ، فقواعد الكفالة هي التي تسرى دون قواعد التضامن . وقد قدمنا أنه يجب على أى منهم قبل أن يقوم بوفاء الدين أن يخطر المدين الأصلي ، ولا سقط حقه في الرجوع على هذا المدين إذا كان هذا قد وفى الدين أو كانت عنده وقت الاستحقاق أسباب تقضى ببطلان الدين أو بانقضائه . فإذا لم يعارض المدين الأصلي في الوفاء ، بقى لمن وفى الدين حقه في الرجوع عليه ، ولو كان المدين قد دفع الدين أو كانت لديه أسباب تقضى ببطلانه أو بانقضائه . وهذا هو نفس الحكم الذى يسرى على الكفيل ، من حيث وجوب إخطاره المدين قبل أن يقوم بوفاء الدين (م ٧٩٨ مدنى) (١) . ولكن الذى يعيننا أن نبينه هنا - وهى المسألة التى زيد الوقوف عندها - هو أن هؤلاء المدينين المتضامنين ، وقد ارتدوا وكفلاء في علاقتهم بالمدين الأصلي ، لا يتحملون بشيء من الدين شأن كل كفيل إذ لا مصلحة لهم فيه ، بل المدين الأصلي صاحب المصلحة هو الذى يتحمل بالدين كله . فإذا كان الدائن قد طالب المدين الأصلي بالدين فدفعه ، لم يرجع هذا المدين بشيء على المدينين المتضامنين معه إذ هم ليسوا إلا كفلاء عنه . أما إذا كان الدائن قد طالب أياً من هؤلاء المدينين المتضامنين غير المدين الأصلي بالدين فدفعه ، رجع الدافع بالدين كله على المدين الأصلي كما يفعل الكفيل الذى وفى المدين في رجوعه على المدين ، ولم ينقسم الدين على سائر المدينين المتضامنين . وهذا ، كما رأينا ، ماتنص عليه صراحة المادة ٢٩٩ مدنى ، إذ تقضى بأنه إذا كان أحد المدينين المتضامنين هو وحده صاحب المصلحة في الدين ، فهو الذى يتحمل به كله نحو الباقي . فيتحمل المدين الأصلي إذن بالدين كله ، سواء طالبه به الدائن فدفعه دون أن يرجع بشيء على المدينين الآخرين ، أو طالب به الدائن مديناً آخر فدفعه ورجع به كله على المدين الأصلي . وإلى هذا تشير المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى إذ تقول : « ولكن إذا

— أحد منهم ، كان لهذا أن يرجع على صاحب المصلحة بالرغم من إبرائه فلم تعد هناك فائدة من هذا الإبراء . وما دام الدائن قد أبرأ صاحب المصلحة في الدين وهو عالم بذلك ، فالمفروض أنه أراد من باب أولى إبراء المدينين الآخرين . كذلك إذا ورت الدائن صاحب المصلحة في الدين ، لم يكن له أن يرجع بشيء على غير أصحاب المصلحة من المدينين المتضامنين (بودوى وبارد ٢ فقرة ١٢٧٢ ص ٢٨) .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٢٠٤ في الملامح .

كان أحد المدينين هو وحده صاحب المصلحة في الدين ، فهو الذى يتحمل به كله في صلته بالباقيين . فلو أقيم الدليل على أن مديناً من المدينين المتضامنين هو المدين الأصلي وأن الآخرين ليسوا سوى كفلاء - في حدود صلتهم بعضهم ببعض لا في حدود صلتهم باللائن - وجب أن يتحمل هذا المدين الدين كله ، فاذا وفى لم يكن له حق الرجوع على الباقيين ، وإذا قام بالوفاء مدين آخر كان لهذا المدين أن يرجع عليه بالدين كله (١) . ويخلص من هذه العبارة أنه يفترض في الأصل أن المدينين المتضامنين المتعددين كلهم أصحاب مصلحة في الدين ، فاذا ادعى أحد منهم أن واحداً أو أكثر من هؤلاء المدينين هم وحدهم أصحاب المصلحة في الدين ، فعليه يقع عبء الإثبات . وعليه أن يثبت ذلك وفقاً للقواعد العامة في الإثبات ، فلا يجوز أن يثبت إلا بالكتابة أو بما يقوم مقامها أن بعض المدينين المتضامنين في دين تزيد قيمته على عشرة جنيهات هم وحدهم أصحاب المصلحة فيه (٢) .

ويلاحظ أنه إذا كان أصحاب المصلحة في الدين أكثر من واحد ، فإن المدين الذى وفى الدين دون أن يكون ذا مصلحة فيه يرجع على أى من أصحاب المصلحة بكل الدين ، إذ كل من هؤلاء مدين أصلي . وهذا هو الحكم فيما إذا كان للمدينين المتضامنين المتعددين كفيل وفى الدين عنهم ، فقد نصت المادة ٨٠١ مدنى على أنه « إذا تعدد المدينون في دين واحد وكانوا متضامنين ، فلكفيل الذى ضمنهم جميعاً أن يرجع على أى منهم بجميع ماوفاه من الدين » (٣) . وينقسم الدين بين أصحاب المصلحة فيه ، فاذا وفى أحدهم الدين كله ، سواء بدفعه مباشرة لللائن أو بوفائه لمدين غير ذى مصلحة قام بدفعه لللائن ، رجع على الباقي من أصحاب المصلحة كل بقدر حصته في الدين .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٩٨ — ص ٩٩ .

(٢) بودى وبارد ٢ فقرة ١٢٧٣ .

(٣) والكفيل الذى وفى الدين عن المدينين المتضامنين أن يرجع على أى منهم بكل الدين ، حتى لو كان المدين الذى رجع عليه قد اشترط على المدينين الآخرين أن يتحملوا هم وحدهم بكل الدين ، فإن هذا الشرط النافذ في علاقة هؤلاء المدينين بعضهم ببعض لا يبرى في حق الكفيل (بلانيرول وديير وجابولد ٧ فقرة ١٠٩٢) .

وإذا دفع مدين غير ذى مصلحة في الدين كل الدين للدائن بناء على مطالبته إياه ، وأراد الرجوع على أصحاب المصلحة في الدين فوجدهم جميعاً معسرين ، رجع عند ذلك على المدينين غير أصحاب المصلحة كل بقدر حصته في الدين (١) . فان لم يكن متفقاً على تعيين حصة كل منهم ، كانوا جميعاً متساوين في الحصص .

(١) ديولومب ٢٦ فقرة ٤٥١ — بوحدي وبارد ٢ فقرة ١٢٧٢ مكررة ١ ص ٣٨٣ الأستاذ عبد الحى حجازى ١ — ص ٢٤٩ — وقد طبقنا هنا أحكام الكفالة . وقد ورد في هذا المعنى نص صريح في التفتين المدنى المصرى ، إذ تنص المادة ٧٩٦ من هذا التفتين بأنه « إذا كان الكفلاء متضامتين فيما بينهم ووفى أحدهم الدين عند حلوله ، كان له أن يرجع على كل من الباقين بحصته في الدين وينصيبه في حصة الممصر منهم » . وتنص المادة ٢٠٣٣ من التفتين المدنى الفرنسى على أنه « إذا تعدد الكفلاء لمدين واحد في دين واحد ، فالكفيل الذى وفى الدين يرجع على الكفلاء الآخرين كل بقدر حصته » .

الفصل الثالث

الالتزام غير القابل للانقسام *

(Obligation indivisible)

٢٠٩ — **تقسيم الموضوع** : نبحث الالتزام غير القابل للانقسام ، كما نجثنا الالتزام التضامنى ، على الوجه الآتى : (أولا) أسباب عدم قابلية الالتزام للانقسام ، وهذا يقابل فى الالتزام التضامنى مصادر التضامن . (ثانياً) الآثار التى تترتب على قابلية الالتزام للانقسام (١) .

* **مراجع** : كاميل كليير (Camille Kleyer) فى الالتزامات القابلة للانقسام وغير القابلة له رسالة من بروكسل سنة ١٨٧٣ — لويس جوترون (Louis Gottron) فى عدم قابلية الالتزامات للانقسام فى القانون الرومانى وفى القانون الفرنسى رسالة من بوردو سنة ١٨٧٦ — بكتاز ٢ فقرة ٨٠٠ وما بعدها — هرفيه (Hervé) فى التضامن وعدم القابلية للانقسام والكفالة رسالة من بوردو سنة ١٩٤٠ — بودوى وبارد ٢ فقرة ١٣١٢ وما بعدها — بيدان ولاجاردر ٨ فقرة ٨٦٣ وما بعدها — أوربى ورو ٦ فقرة ٣٠١ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٩٨ وما بعدها — دى باج ٣ فقرة ٢٩٢ وما بعدها — بلانيول وريبير وبولانجه ٢ فقرة ١٨٩٥ وما بعدها — كولان وكايتشان ٢ فقرة ٤٣٣ وما بعدها — جورسان ٢ فقرة ٧٩٢ وما بعدها .

(١) وقد كسب موضوع الالتزام غير القابل للانقسام شهرة بعيدة فى التصديق والتموض . وزاد فى تعقيده وغوضه مؤلف وشبه ديملان (Dumoulin) ، من أشهر فقهاء القانون الفرنسى القديم ، فى القرن السادس عشر ، عالج فيه هذا الموضوع بافاضة ، وشبهه بته يقل فيه السارى ، وقد وضع له المفاتيح والخيوط التى يحتل بها فى اجتياز هذا التيه . وتلمس بوتيه هذا المؤلف فى بضع صفحات ، وعن بوتيه أخذ واضعو التيتين المدنى الفرنسى النصوص التسة التى صاغوها فى هذا الموضوع (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٩٨) .

الفرع الأول

أسباب عدم قابلية الالتزام للانقسام

٢١٠ - المصرى القانونية : تنص المادة ٣٠٠ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« يكون الالتزام غير قابل للانقسام » :

« (أ) إذا ورد على محل لا يقبل بطبيعته أن ينقسم » .

« (ب) إذا تبين من الغرض الذى رى إليه المتعاقدان أن الالتزام لا يجوز تنفيذه منقسما ، أو إذا انصرفت نية المتعاقدين إلى ذلك » (١) .

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المادة ١٧٢/١١٦ (٢) .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السوري المادة ٣٠٠ - وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٢٨٧ - وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٣٧٦ - وفى تقنين الموجبات والعقود البنائى المادة ٧٠ (٣) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٤٢٤ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣١٢ فى المشروع التامى . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٣٠٠ (مجموعة الأعمال التصديرية ٣ ص ١٠٠ - ص ١٠٢) .

(٢) التقنين المدنى السابق م ١٧٢/١١٦ : متى كان الوفاء بالتعهد غير قابل للانقسام ، بالنسبة لحالة الأشياء بالتعهد بها أو بالنسبة للغرض المقصود من التمهيد ، فكل واحد من المتعهدين ملزم بالوفاء بالكل ، وله الرجوع على باقى المتعهدين منه . (ولا فرق فى الحكم بين التقنينين القديم والجديد) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السوري م ٣٠٠ (مطابقة) .

التقنين المدنى الليبى م ٢٨٧ (مطابقة) .

التقنين المدنى العراقى م ٣٣٦ (مطابقة) .

ويتبين من هذا النص أن عدم القابلية للانقسام يرجع إما لطبيعة محل الالتزام ، وإما للاتفاق (١) .

٢١١ - عدم القابلية للانقسام يرجع الى طبيعة المحل : عنى

ديمولان (Dumoulin) ، وهو من فقهاء القانون الفرنسى القديم البارزين ، عناية خاصة بموضوع الالتزام غير القابل للانقسام ، وله فيه تفسيرات مشهورة ، لعلها ساعدت على تعقيد هذا الموضوع أكثر مما أدت إلى تبسيطه .

على أن من تفسيراته مابقى حتى اليوم معمولاً به . من ذلك أنه يميز في عدم القابلية للانقسام الذى يرجع إلى طبيعة المحل بين صورتين :

(الصورة الأولى) صورة عدم التجزئة المطلقة (indivisibilité absolue) أو عدم التجزئة الحتمية (indivisibilité nécessaire) ، وتحقق عندما يكون محل الالتزام بطبيعته غير قابل أصلاً للانقسام ، فعدم الانقسام يرجع إلى أصل الخلقة لا إلى عارض من عمل الإنسان .

فإذا كان الالتزام محله نقل حق عيني ، فالأصل فيه أنه يكون قابلاً للانقسام ، إما انقساماً طبيعياً (division matérielle) كما إذا كان المدين ملتزماً بنقل ملكية عشرين أردباً من القمح فيمكن انقسام هذا الالتزام انقساماً طبيعياً إلى أجزاء متعددة ، وإما انقساماً معنوياً (division intellectuelle) كما إذا كان المدين ملتزماً

= تقنين الموجبات والمقود البناني م ٧٠ : يكون الموجب غير قابل لتجزئة : أولاً — بسبب ماهية الموضوع حينما يكون شيئاً أو عملاً غير قابل لتجزئة مادية أو معنوية . ثانياً — بمقتضى صك إنشاء الموجب أو بمقتضى القانون حينما يستفاد من الصك أو من القانون أن تنفيذ الموجب لا يكون جزئياً .

ويلاحظ أن التقنين البناني يضيف القانون إلى أسباب عدم القابلية للانقسام . ولا محل لذكر القانون هنا ، فالنص الذى يقضى بعدم جواز تجزئة التنفيذ لا يجعل الالتزام ذاته غير قابل للانقسام ، ولكن يورد حكماً في تنفيذه ، مثل ذلك عندما ينص القانون على عدم جواز تجزئة الوفاء .

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٥٠٠ .

بنقل ملكية منزل فان هذا الالتزام يمكن أن ينقسم انقساماً معنوياً إلى نقل ملكية نصف المنزل في الشيوخ وربعه وخمسه وهكذا (١) . غير أن هناك حقين عيينين لا يقبلان الانقسام بطبيعتهما القانونية ، وهما حق الارتفاق وحق الرهن .

(١) انظر في أمثلة لعدم القابلية للانقسام نظراً لطبيعة المحل : استئناف مختلط ١٤ مارس سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ١٦٤ — ١٥ أبريل سنة ٩٠٠ م ١٢ ص ١٩٨ — ١٦ مايو سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٤٠٤ — وانظر في عدم القابلية للانقسام في رصيد الحساب الجاري : استئناف مختلط ٥ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٥٥ — ١٧ يناير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٢٤ — ٢٧ مايو سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٩٠ — وانظر في عدم قابلية دعوى القسمة للانقسام : استئناف مختلط ٦ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ١٥١ — ٧ مايو سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٩٦ — وانظر في عدم قابلية دعوى بطلان المرافعة للانقسام : استئناف مختلط ١٧ فبراير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٢٨ — وفي عدم قابلية دعوى الصورية ودعوى البطلان للانقسام : استئناف مختلط ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٣٧ م ٥٠ ص ٣٢ .

وقد قضت محكمة النقض بأن طلب ورثة المشتري لمغار صحة ونفاذ البيع الذي عقده مورثهم لا يجعل موضوع الدعوى في جميع الأحوال غير قابل للتجزئة ، إذ مثل هذه الدعوى التي يقصد بها أن تكون دعوى استحقاق مآلاً ، يعتبر في الأصل قابلاً للتجزئة ، لكل وارث أن يطالب بحصة في المبيع مساوية لحصته الميراثية ، وذلك ما لم يكن محل العقد غير قابل للتجزئة لطبيعته أو لفهمه قصد مآله . وإذن فلي كان الواقع أن ورثة المشتري أقاموا دعواهم على ورثة البائع يطالبون المحكم بصحة ونفاذ البيع الصادر من مورث هؤلاء الآخرين عن قطعة أرض فضاء ، ولما قضى برفض الدعوى استأنف بعض الورثة دون البعض الآخر الحكم ، وكان الحكم الاستئنافي إذ قضى بقبول الاستئناف وإلغاء الحكم الابتدائي وصحة ونفاذ البيع استناداً إلى أن موضوع الدعوى غير قابل للتجزئة ، لم يبين كيف توافر لديه الدليل على هذا ، فإنه يكتفي بقرينة قصور مبطل له في قضائه ، لأنه متى كان المبيع قطعة أرض فضاء فإنه لا يصبح إطلاقاً القول بأن الموضوع غير قابل للتجزئة دون بيان سند لهذا القول (نقض مدني أول مارس سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٧٢ ص ٣٩٤) .

وقضت محكمة النقض ، في خصوص دعوى النصب ، بأنه إذا رفعت دعوى النصب ، وكالت العين المنصوبة المطلوب ردّها قابلة بلباتها للتجزئة ، بل مجزأة فعلاً ، ونحت يد كل من المدعى عليهم بالنصب جزء معين منها يستند في وضع يده عليه إلى عقد صادر له من ملكه ، وحسبت المحكمة برفضها ، فاستأنف المدعي هذا الحكم في الميعاد ضد بعض المدعى عليهم الواضعي اليد على بعض أجزاء العين ، ثم استأنف بعد الميعاد ضد المدعى عليهم الواضعي اليد على بعض الأجزاء الأخرى ، فلا يقبل قول هذا المستأنف بأن موضوع الحق المطلوب غير قابل للتجزئة ، وأنه لهذه العلة يكفي أن يكون استئنافه قبل البعض صحيحاً ليكون الاستئناف قبل البعض الآخر صحيحاً ولو كان بعد الميعاد ، بل الحكم الذي يقبل هذا ويقرره في هذه الصورة يكون باطلاً متعيناً نقضه (نقض مدني ٢٥ مايو سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ١٢٥ ص ٢٢٦) . ومع ذلك فقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا تكيّفت الدعوى بأنها دعوى ملكية موضوعها =

فمن يلتزم بترتيب حق ارتفاق أو ترتيب حق رهن لا يستطيع أن يجزئ التزامه ، ويكون الالتزام في هاتين الحالتين غير قابل للانقسام بصفة مطلقة أو بصفة حتمية (١) .

وإذا كان الالتزام محله القيام بعمل كالاتزام بتسليم شيء ، فانه قد يكون بطبيعته قابلاً للانقسام وقد لا يكون . فإذا تعهد شخص بتسليم أرض ، فانه يستطيع أن يجزئ التزامه إذ الأرض قابلة بطبيعتها للتجزئة ، فيمكن أن يسلم جزءاً من الأرض ثم يسلم جزءاً آخر وهكذا . أما إذا تعهد بتسليم حيوان حي ، حصان مثلاً ، فانه لا يستطيع أن يجزئ التزامه ، إذ الحيوان الحى كل لا يتجزأ عند التسليم . صحيح أنه يجوز تجزئته في نقل ملكيته ، فننقل ملكية نصف الحصان أو ريعه ، ولكن الالتزام بتسليم الحصان هو التزام غير قابل للانقسام ، وعدم القابلية للانقسام هنا يرجع إلى أصل الحلقة فهو مطلق أو حتمى . كذلك التزام البائع بضمان الاستحقاق التزام غير قابل للانقسام ، ويرجع ذلك إلى طبيعة محل الالتزام . وقل مثل هذا في التزام المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة (٢) . وغنى عن البيان أن الالتزام بالقيام بعمل ، حتى إذا كان في طبيعته غير قابل للانقسام ، يصبح قابلاً للانقسام إذا تحول إلى تعويض نقلى (٣) .

وإذا كان الالتزام محله الامتناع عن عمل ، فأكثر ما يكون أنه غير قابل للانقسام ، إذ أى عمل يأتيه المدين مخالفاً لالتزامه يعتبر خرقاً للالتزام . فإذا تعهد بائع المتجر لشتره ألا ينافسه في حدود معينة ، فأية منافسة يقوم بها البائع

= ملكية منزل وأساسها فعل فصب ادعى به على عدة أشخاص ، أصبح موضوع الدعوى ، وهو تثبيت الملكية المنزل والتخل من تسليمه ، لا يقلل الانقسام ، واعتبر هذا الطلب المبنى على فعل الفصب غير قابل التجزئة عند التنفيذ . وما دام المدعى عليهم جميعاً معتبرين غاصبين ، فلا محل للفرقة بينهم ، إذ يجوز المدعى مقاضاتهم بهذه الصفة ، سواء أكانوا غاصبين بأنفسهم أم حالين محل الفاصب ، وسواء أكانوا حسن النية أم لا (استئناف مصر ٢٨ يونيو سنة ١٩٢٢ ١٣ رقم ٣٥٠ ص ٧٠٧) .

(١) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١١٠١ ص ٤٧٣ .

(٢) انظر في كل ذلك بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١١٠١ ص ٤٧٣ .

(٣) نقض فرنسى ١٤ مارس سنة ١٩٢٣ دالوز الأسبوعى ١٩٢٣ — ٢٣٤ — بلانيول

وريبير وجابولد ٧ فقرة ١١٠١ ص ٤٧٣ .

في الحدود المفق عليها تعتبر خرقاً للالتزام ، ولا يستطيع البائع أن يقوم بالتزامه من عدم المنافسة إلا قياماً غير مجزأ وغير قابل للانقسام بامتناعه أصلاً عن المنافسة . على أنه يمكن أن نتصور أن الالتزام بعدم المنافسة يكون قابلاً للانقسام استثناء . فإذا كانت أعمال المنافسة التي التزم بها البائع قد فصلت وقسمت إلى أعمال معينة يضمها كلها التزام واحد ، بأن اشترط المشتري مثلاً على بائع المتجر ألا يقيم متجر آخر منافساً ، وألا يصرف عملاء المتجر عنه ، وألا ينتزع منه مستخلميهِ ، فن الممكن في هذه الحالة أن يقوم البائع بمجزء من التزامه ويحل بمجزء آخر ، فيمتنع مثلاً عن إقامة متجر مماثل ولكنه ينتزع مستخدمى المتجر ، ويكون الالتزام بالامتناع عن عمل في هذه الحالة قابلاً للانقسام (١) .

(الصورة الثانية) صورة عدم التجزئة النسبية (indivisibilité relative)

أو عدم التجزئة الطبيعية (indivisibilité naturelle) . وتحقق عند ما يكون محل الالتزام غير قابل للانقسام لا بأصل خلقته ، بل لعارض من عمل الإنسان . مثل ذلك الالتزام بتسليم متجر ، فإن المتجر وهو محل الالتزام إذا كان قابلاً للانقسام بطبيعته إذ تمكن تجزئته عناصره المختلفة من مكان و سلع و عملاء وحقوق و ديون وما إلى ذلك ، إلا أنه جعل يعمل الإنسان كلاً غير قابل للتجزئة ، فلا يمكن تسليم بعضه دون بعض . كذلك الالتزام ببناء منزل هو أيضاً التزام غير قابل للانقسام ، لا بأصل خلقته ، وإلا فن الممكن أن نتصور تجزئة بناء المنزل ، فيقوم بتشيد حيطانه مقاول ، ويقوم بعمل أبوابه ونوافذه مقاول ثان ، ويقوم بتجهيزه بالأدوات الصحية مقاول ثالث وهكذا . ولكن الالتزام عند ما يقع

(١) بلانويول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١١٠١ ص ٤٧٤ — وقد عرضت المذكورة الإيضاحية لهذه الصورة الأولى ، صورة عدم التجزئة المطلقة أو الحتمية ، فقالت : « تتناول المادة ٤٢٤ (م ٣٠٠ مدني) بيان حالتي عدم القابلية للانقسام : (١) فترض الأولى حيث يرد الالتزام على محل لا يقبل للتجزئة بطبيعته ، كما هو الشأن في تسليم شيء معين بذاته يعتبر كلاً لا يحتمل التمييز كجواد مثلاً ، أو في ترتيب أو نقل حق غير قابل للانقسام كالارتفاع مثلاً ، أو في التزام وضع لا يتصور فيه التفريق كالبقاء على موقف سلبى معين يقتضى التزام بالامتناع من عمل شيء » (مجموعة الأعمال التفسيرية ٣ ص ١٠١) .

على بناء منزل في مجموعه ، فقد جعل محل الالتزام كلا غير قابل للتجزئة ، ولا يعتبر الالتزام قد نفذ إلا إذا تم بناء المنزل بأكمله (١) .

٢١٢ — عدم القابلية للانقسام يرجع الى الاتفاق : ويسكون

الالتزام أيضاً غير قابل للانقسام ، كما تقول الفقرة (ب) من المادة ٣٠٠ ملقى وإذا تبين من الغرض الذى رى إليه المتعاقدان أن الالتزام لا يجوز تنفيذه منقسماً ، أو إذا انصرفت نية المتعاقدين الى ذلك . فحل الالتزام يكون إذن بطبيعته قابلاً للانقسام ، ولكن المتعاقدين أرادوه غير قابل للانقسام بالاتفاق فيما بينهما . وعدم التجزئة هنا تسمى عدم تجزئة اتفاقية (indivisibilité conventionnelle) ، أو عدم تجزئة عرضية (indiv. accidentelle) ، أو عدم تجزئة فى التنفيذ (indiv. solutione tantum) . والإرادة إما أن تكون صريحة أو ضمنية .

فالإرادة تكون صريحة إذا اشترط الدائن على المدين صراحة فى العقد الذى أنشأ الالتزام ألا يجوز تنفيذه منقسماً ، بل يجب تنفيذه باعتباره كلا غير قابل للتجزئة . وأكثر ما يقع ذلك فى الالتزامات التضامنية عند ما يريد الدائن ألا ينقسم الالتزام على وريثة أحد من المدينين المتضامنين أو عند ما يريد الدائنون المتضامنون ألا ينقسم الالتزام على وريثة أى منهم ، فيشترط إلى جانب التضامن فى الالتزام عدم قابلية للانقسام (٢) ، وقد رأينا فى التضامن أن الالتزام ينقسم على الورثة ما لم يشترط عدم قابليته للانقسام . وكثيراً ما يشترط فى نظم الشركات التجارية أن السهم يكون غير قابل للتجزئة بالنسبة إلى الشركة ، فلا يجوز أن يمثل السهم أمام الشركة ، إلا شخص واحد (٣) .

وتكون الإرادة ضمنية إذا تبين مثلاً أن الغرض الذى رى إليه المتعاقدان يجعل الالتزام غير قابل فى تنفيذه للتجزئة . فن اشترى أرضاً ليبنى عليها مدرسة

(١) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١١٠١ ص ٤٧٤ — وانظر أيضاً بوتيه فى الالتزامات فقرة ٢٩٢ .

(٢) ويكون الشرط هنا وفقاً على الالتزام ذاته فيجعله غير قابل للانقسام ، ولا يعتبر أنه تعاقد على تركة مستقلة (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١١٠٢ ص ٤٧٥) .

(٣) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١١٠٢ ص ٤٧٦ .

أو مستثنى أو داراً ، وكان البناء يقتضى كل هذه المساحة من الأرض المبيعة ، وقد دخل ذلك في حساب المتعاقدين ، فإن الأرض وإن كانت قابلة للتجزئة بطبيعتها ، إلا أنها في هذه الحالة لا تمكن تجزئتها بالنسبة إلى الغرض الذى رعى إليه المشتري ، وقد علم به البائع ، وكان محل اتفاق ضمنى بينهما . كذلك إذا تعهد شخص باقراض آخر مبلغاً من النقود ليسترد عيناً أو ليشفع فيها ، وكان هذا المبلغ كله ضرورياً للاسترداد أو للأخذ بالشفعة ، فإن الالتزام هنا لا يتجزأ طبقاً للغرض الذى رعى إليه المتعاقدان (١) .

(١) يوردى ويارد ٢ فقرة ١٣٢٧ ص ٤٥٣ — والنظر المذكورة الإيضاحية المشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التصديرية ٣ ص ١٠١ — وقد قفست محكمة النقض بأن عدم تجزئة الالتزام يصح تقريره بإرادة المتعاقدين . وإذن متى كان الواقع في الدعوى هو أن الطامن اشترى من المطمون عليه قطعتى أرض متصلتين الواحدة عن الأخرى ولكن أفرغا معاً في محور واحد ، وكان الحكم ، إذ قضى برفض الدعوى التي أقامها الطامن بطلب الحكم بصحة ونفاذ عقد البيع بالنسبة إلى إحدى القطعتين تأسيساً على أن التزامات الطامن بالنسبة إلى القطعتين واحدة لا تقبل التجزئة وإنه قصر في الوفاء بها ، قد أقام قضاؤه على أن الطامن تمهد بوفاء دين قطعة مما يتبقى من ثمن الثانية وأن نية المطمون عليه واضحة في هذا من رغبته التخلص من ديونه دفعة واحدة ببيع قطعتى الأرض على السواء لمشتري واحد يكمل من باقى ثمن إحداها ما على الأخرى لنفس الدائن ، متى كان الحكم قد أقام قضاؤه على ذلك ، فإن ما ينشأ عليه الطامن من خطأ في تطبيق القانون استناداً إلى أنه أوفى المطمون عليه بكامل ثمن القطعة التي طلب الحكم بصحة ونفاذ العقد بالنسبة إليها يكون على غير أساس (نقض مدنى ٢٢ مارس سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٨٢ ص ٤٤٤)

هذا ويذهب بعض الفقهاء إلى جعل عدم التجزئة النسبية وعدم التجزئة الاتفاقية قسماً واحداً فكلاهما يرجع إلى الجهة التي اعتبر من ناحيتها الالتزام (دى باج ٣ فقرة ٢٩٨ وفقرة ٣٠٠ وفقرة ٣٠٤ — أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠١ ص ٧٤ — بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٨٨٠ — فقرة ٨٨٢ — كولان وكاييتان ٢ فقرة ٧١٤) . ويستثنى فقهاء آخرون التمييز بين هذين النوعين (بلانيول وديبير وجابولد ٧ فقرة ١١٠١ — فقرة ١١٠٢ — بلانيول وديبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٨٩٨ — فقرة ١٩٠٤ — جوسران ٢ فقرة ٧٩٥) . وانظر في أن عدم التباينة للانقسام إنما يقع على محل الالتزام لا على الالتزام ذاته ، وأنه أقرب إلى أن يكون خصوصية في تنفيذ الالتزام من أن يكون وصفاً له : بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٨٦٥ .

الفرع الثانى

الآثار التى تترتب على عدم قابلية الالتزام للانقسام

٢١٣ - تعدد المبرنين أو تعدد المائتين : تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « لا تظهر أهمية عدم قابلية الالتزام للانقسام إلا حيث يتعدد المدينون أو الدائنون ، إما ابتداء عند إنشاء الرابطة القانونية ، وإما بعد ذلك إذا تعدد وريثة من كان بمفرده طرفاً من طرفى الالتزام . أما حيث لا يتعدد الدائن ولا المدين ، فيتعين الوفاء بالالتزام كاملاً دون تبعض ، متسماً كان أو غير قابل للانقسام ، وللدائن أن يرفض الوفاء الجزئى (١) » .

والواقع من الأمر أنه ما دام كل من الدائن والمدين واحداً ، فسواء كان الالتزام قابلاً للانقسام أو غير قابل له ، فليست هناك أية أهمية عملية لهذا التمييز ، إذ أن الالتزام — قابلاً للانقسام أو غير قابل له — يكون دائماً فى تنفيذه غير قابل للانقسام . ولا يستطيع المدين أن يجزئ تنفيذه ، وأن يجبر الدائن على قبول وفاء جزئى ، ولو كان الالتزام قابلاً لهذه التجزئة . فإذا كان على المدين مبلغ من النقود ، وحل أجل الدين ، لم يستطع المدين أن يجبر الدائن على أن يقبل جزءاً من هذا المبلغ ، مع أن النقود قابلة للتجزئة (٢) .

ولنما تبين أهمية التمييز بين الالتزام القابل للانقسام والالتزام غير القابل له ، إذا تعدد المدين أو تعدد الدائن . فإذا تعدد المدين فى التزام ، فالأصل أن ينقسم

(١) مجموعة الأعمال التفسيرية ٣ ص ١٠٤ .

(٢) حل أنه قد يكون كل من الدائن والمدين واحداً ويكون من المهم مع ذلك معرفة ما إذا كان الالتزام غير قابل للانقسام ، وذلك فى حالة استعمال القاضى لحقه فى نظرة الميسرة (م ٢/٣٤٦ مدنى) . فإذا كان الالتزام غير قابل للانقسام — بطبيعته على الأقل — لم يستطع القاضى أن يجزئ الالتزام على أقساط ، وإن استطاع تأجيله كله (بيدان ولا جارد ٨ فقرة ٨٦٦) . كما قد يترتب على اشتراط عدم الانقسام الربط بين التزامين منفصلين فى الأصل ، فمضيق التزام المدين واحداً لا يقبل التجزئة (الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام ص ٣٠٦ هامش رقم ١ - نقض مدنى ٢٢ مارس سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٨٢ ص ٤٤٤) .

الالتزام على المدينين (١) ، إلا إذا كان غير قابل للانقسام ، فعندئذ يكون كلا لا يقبل التجزئة . وعلى كل مدين أدائه كاملاً للدائن ، حتى لو لم يكن هناك تضامن بين المدينين . كذلك إذا تعدد الدائن ، فالأصل أيضاً أن ينقسم الالتزام على المدينين ، إلا إذا كان غير قابل للانقسام ، فعندئذ يستطيع كل دائن أن يطالب المدين بالدين كله ، حتى لو لم يتم تضامن بين الدائنين .

ومن ثم يجب تعدد المدينين أو الدائنين ، حتى تظهر الآثار التي تترتب على عدم القابلية للانقسام . وهذا ما يدعو إلى جعل عدم القابلية للانقسام وصفاً متعلقاً ، لا بمحل الالتزام ، بل بأطرافه (٢) . والتعدد إما أن يوجد منذ البداية عند نشوء الالتزام ، وإما أن يطرأ بعد نشوء الالتزام وقبل تنفيذه ، بأن يموت الدائن أو المدين ويترك ورثة متعددين ، أو بأن يحول الدائن أو المدين جزءاً من الدين إلى محال له أو محال عليه ، فيتعدد الدائنون أو المدينون لاعتبار طريق الميراث بل عن طريق الحوالة .

فستعرض إذن : (أولاً) تعدد المدينين (ثانياً) تعدد الدائنين .

(١) انظر في انقسام الدين على المدينين المتعددین : استئناف مغلط ٢٠ يناير سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٠٦ — ١٨ يونيو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٤٤٧ — ١٠ ديسمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٥٨ — ٢٩ يونيو ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤٥٣ .

(٢) ذلك لأنه ما دامت أهمية عدم قابلية الالتزام للانقسام لا تظهر إلا عند تعدد المدين أو الدائن ، فوصف عدم القابلية للانقسام إنما يدور مع هذا التعدد ، لا مع طبيعة المحل في ذاته ، فيلحق بأطراف الالتزام دون محله (انظر دى باج ٣ فقرة ٢٦٧ و فقرة ٢٧٢ و فقرة ٢٩٢ — فقرة ٢٩٣ — أوربي ورو ٤ فقرة ٣٠١ ص ٧٦ — ص ٧٧ — بلانيول وريبير وجابوليه ٧ فقرة ١٠٩٩) — وفي هذا المعنى تنص المادة ٧٦ من تقنين الموجبات والمقود البتاني على أن « الموجب القابل للتجزئة يجب تنفيذه فيما بين الدائن والمدينين كما لو كان غير قابل لها ، ولا يلتفت إلى قابلية التجزئة إلا إذا كان هناك عدة دائنين لا يستطيع كل منهم أن يطالب إلا بحصة من الدين القابل للتجزئة ، أو إذا كان عدة مدينين لا يلزم كل منهم إلا بحصة من الدين . وتطبق القاعدة نفسها على الورثة ، فلا يمكن أن يطالبوا أو يطالبوا إلا بالحصة التي تعود لهم أو عليهم من دين التركة » .

المبحث الأول

تمدد المدينين في الالتزام غير القابل للانقسام

٢١٤ — **النصوص القانونية :** تنص المادة ٣٠١ من التقنين المدني على ما يأتي :

١ — إذا تعدد المدينون في التزام غير قابل للانقسام ، كان كل منهم ملزماً بوفاء الدين كاملاً .

٢ — وللمدين الذي وفي بالدين حق الرجوع على الباقيين ، كل بقدر حصته ، إلا إذا تبين من الظروف غير ذلك (١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٥٥ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى :

١ — إذا تعدد المدينون في التزام غير قابل للانقسام ، كان كل منهم ملزماً بوفاء الدين كاملاً ، وكذلك يكون الحكم بالنسبة لورثة كل مدين . ٢ — وللمدين الذى وفي الدين حق الرجوع على الباقيين ، كل بقدر حصته ، إلا إذا تبين من الظروف غير ذلك . وفى لجنة المراجعة حذفت عبارة « وكذلك يكون الحكم بالنسبة لورثة كل مدين » من الفقرة الأولى ، ولم تذكر اللجنة سبب الحذف ، ولكن الظاهر أن هذا السبب يرجع إلى أنه عند موت المدين تكون التركة مستولة من التزامه حتى لو كان قابلاً للانقسام وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية ، فلا ينتقم على الورثة ، ومن ثم لم يمد هناك حاجة إلى النص على هذا الحكم في خصوص الالتزام غير القابل للانقسام . وقد أصبح النص بعد هذا الحذف مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدنى الجديد ، وأصبح رقمه ٢١٣ في المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، وكذلك لجنة مجلس الشيوخ وقد ذكرت في تقريرها ما يأتى : « اقترح أن يضاف إلى نصوص المواد ٣٠٠ وما بعدها الخاصة بالالتزام غير القابل للانقسام النص الآتى : تفسر أحكام التضامن على الالتزام غير القابل للانقسام ، وذلك بقدر ما تتفق هذه الأحكام مع طبيعته ، وذلك ليان حكم التقادم والإجراء وما إلى ذلك من أحكام التقادم في خصوص الالتزام غير القابل للانقسام . ولم تر اللجنة الأخذ بهذا الاقتراح ، لأن أكثر أحكام التضامن تقوم على فكرة النيابة ، ومن الأحوط التحرز من بسط نطق هذه الفكرة على الالتزام غير القابل للانقسام . أما بيان الأحكام التى يشير إليها الاقتراح فيرجع فيها إلى القواعد العامة ، هذا فضلاً عن أن صيغة النص المقترح لا ترد القاضى إلى ضابط بين الحام . ثم وافق مجلس الشيوخ على النص تحت رقم ٣٠١ (مجموعة الأعمال التصديرية ٣ ص ١٠٢ — ١٠٦) .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ١٧٢/١١٦ (١) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٣٠١ — وفي التقنين المدني الليبي المادة ٢٨٨ — وفي التقنين المدني العراقي المادة ٣٣٧ — وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المواد ٧١ و٧٣ و٧٤ و٧٧ — المادة ٧٨ (٢) .

(١) التقنين المدني السابق م ١٧٢/١١٦ : متى كان الوفاء بالتعهد غير قابل للانقسام بالنسبة لحالة الأشياء المتعهد بها أو بالنسبة لفرض المقصود من التعهد، فكل واحد من المتعهدين ملزم بالوفاء بالكل ، وله الرجوع على باقي المتعهدين معه . (والحكم واحد في التقنينين القديم والجديد) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٣٠١ (مطابقة) .

التقنين المدني الليبي م ٢٨٨ (مطابقة) .

التقنين المدني العراقي م ٣٣٧ (مطابقة) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٧١ : إذا تعدد المدينون في موجب غير قابل للتجزئة أثنى إلزام كل منهم بإيفاء المجموع ، على أن يكون له حق الرجوع على سائر المدينين . ويسرى هذا الحكم على ورثة من تعدد مثل هذا الموجب إذ لا تصح فيه قاعدة التجزئة الأثرية خلافاً لدين التضامن . ويكون الرجوع على بقية المدينين إما بإقامة دعوى شخصية وإما بإقامة الدعوى التي كانت من حق الدائن مع ما يتبعها من وجوه التأمين .

م ٧٣ : إن المدينين يدين لا يتجزأ والمدعى عليه بمجموع الموجب يمكنه أن يطلب مهلة لإدخال بقية المدينين في الدعوى ليحول دون صدور الحكم عليه وحده بمجموع الدين . أما إذا كان لا يمكن استيفاء الدين إلا من المدين المدعى عليه ، جاز صدور الحكم عليه وحده وله عندئذ حق الرجوع على سائر شركائه في الإرث أو في الموجب بما يتناسب حصة كل منهم .

م ٧٤ : إن قطع أحد الدائنين لمرور الزمن في موجب لا يتجزأ يستلزم منه الآخرون ، كما أن قطعة من مدينين ينفذ في حق سائر المدينين . وكذلك الأسباب الموقفة لمرور الزمن فإن حكما يسرى على الجميع .

م ٧٧ : إن الدين القابل للتجزئة بين المدينين لا يتجزأ : أولاً — حينما يكون موضوع الموجب تسليم شيء معين يملكه موجود في حوزة أحد المدينين . ثانياً — حينما يكون أحد المدينين موكلاً وحده بتنفيذ الموجب إما بمقتضى عقد الإنشاء وإما بمقتضى عقد لاحق له . وفي كلتا الحالتين يمكن أن يطالب بمجموع الدين المدينون قواضع يده على الشيء أو الموكل بالتنفيذ ، ويكون له عند الاقتضاء حق الرجوع على شركائه بالدين .

م ٧٨ : إذا قطع مرور الزمن في الأحوال المبينة في المادة السابقة ، على المدين التي تمكن مطالبة جميع الدين ، تسرى مفاعيله على سائر الموجب عليهم .

والأحكام واحدة في التقنين اللبناني والتقنين المصري، إلا أن نصوص التقنين اللبناني أكثر —

وحق نقابل ما بين تعدد المدينين في الالتزام القابل للانقسام والتضامن بين المدينين ، نجرى في البحث هنا على الخطوة التي جرينا عليها هناك ، فنبحث في الالتزام غير القابل للانقسام : (١) علاقة الدائن بالمدينين (٢) وعلاقة المدينين بعضهم ببعض .

المطلب الأول

علاقة الدائن بالمدينين

٢١٥ - **المبادئ الأساسية :** في علاقة الدائن بالمدينين يكون للالتزام غير القابل للانقسام محل واحد لا يتجزأ . فوحدة المحل يشترك فيها الالتزام غير القابل للانقسام والالتزام التضامني ، ولكن الأول يزيد على الثاني في أن هذا المحل الواحد غير قابل للتجزئة .

ويرتب على فكرة وحدة المحل وعدم قابليته للتجزئة ما يأتي :
أولاً - فيما يتعلق بالوفاء يستطيع الدائن أن يطالب أيًا من المدينين المتعددين بالدين كله ، فانه دين واحد غير قابل للتجزئة .

ثانياً - وفيما يتعلق بأسباب انقضاء الالتزام الأخرى غير الوفاء ، إذا انقضى الالتزام بأي سبب منها بالنسبة إلى أحد المدينين المتعددين ، فانه - نظراً لوحدة الالتزام وعدم قابليته للتجزئة - ينقضى بالنسبة إلى الآخرين ، وقد رأينا في التضامن أنه ينقضى بقدر حصة من قام به سبب انقضاء الالتزام .

= تفصيلاً ، فقد عرضت لعدم تجزئة الالتزام بالنسبة إلى ورثة المدين - وإن كان هذا غير دقيق وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية كما قلنا - كما عرضت لتكليف دعوى وجوب المدين هل سائر المدينين ، وإمكان المدين أن يطلب مهلة لإدخال بقية المدينين في الدعوى ، ولأنه قطع التقادم ووقفه بالنسبة إلى المدينين الآخرين . وهذا كله يمكن الأخذ به في مصر دون حاجة إلى نص لأنه تطبيق لقواعد العامة . وعرض التقنين البنائي إلى حالة خاصة للالتزام غير القابل للتجزئة - إذا تركز عدم التجزئة في أحد المدينين المتعددين بأن كان محل الالتزام تسليم شيء معين بالذات - موجود في حيازة هذا المدين أو بأن كان هذا المدين موكولاً إليه وحده تنفيذ الالتزام - ^{وهذا} ذلك يكون لهذا الالتزام بالنسبة إلى هذا المدين وحده أحكام الالتزام غير القابل للانقسام ، فتجاوز مطالبته وحده بالالتزام كله ، وقطع التقادم بالنسبة إليه يعتبر قطعاً لتقادم بالنسبة إلى الآخرين ^(م) ^{باعتبار الوسيط} .

ثالثاً - ولما كان المدينون المتعددون في الالتزام غير القابل للانقسام لا يربطهم بعضهم ببعض إلا أن المحل واحد غير قابل للتجزئة ، فهذه رابطة ترجع إلى طبيعة الأشياء ولا تقوم على أساس من النيابة التبادلية ، ومن ثم لا يترتب في عدم القابلية للانقسام ما كان يترتب في التضامن على النيابة التبادلية (١) .

ونتناول بالبحث كل مبدأ من هذه المبادئ الثلاثة .

٢١٦ - انقضاء الالتزام غير القابل للانقسام بالوفاء - املاء

الرئيس مطالب أي صدين بالوفاء كله : يجوز للدائن أن يطالب أي مدين بالالتزام غير القابل للانقسام ، فان عمل هذا الالتزام واحد لا يتجزأ ، فأى مدين من المدينين المتعددين تعتبر ذمته مشغولة بالنسبة إلى الدائن بكل الالتزام (٢) .

(١) وقد تقدم أن لجنة مجلس الشيوخ ذكرت في تقريرها أن الأحوط التحرز من بسط نطاق فكرة النيابة التبادلية على الالتزام غير القابل للانقسام (انظر آنفاً فقرة ٢١٤ في المامش) . وقد أحسنت اللجنة صنماً في ذلك ، فإن النص الذي كان مقترحاً عليها ورفضت الأخذ به كان يقضى بمد أحكام التضامن فيما يقوم على النيابة التبادلية إلى الالتزام غير القابل الانقسام ، فكان هذا النص يدخل فكرة غريبة على التزام لا تتلام معها طبيعته . انظر مع ذلك المذكرة الإيضاحية للمشروع التهديدي ، حيث ورد فيها ما يأتي : « وقد واجهت المادة ٤٢٥ حالة تعدد المدينين ، وفي هذه الحالة يلتزم كل مدين في صلته بالدائن بالوفاء بكل الالتزام كما هو الشأن في التضامن ، وتستبعد كذلك فكرة النيابة حيث يكون إعمالها ضاراً ، وتستبقى إذا كان في ذلك نفع للمدينين : انظر المادة ٧٤ من التقنين البناني » (مجموعة الأعمال التفسيرية ٣ ص ١٠٤) . وهذه العبارة الأخيرة ، التي تشير إلى مد فكرة النيابة التبادلية إلى الالتزام غير القابل للانقسام فيما ينفع ، ليست صحيحة كما رأينا . والمادة ٧٤ من التقنين البناني ، إذا كانت تجعل قطع التقادم أو وقفه بالنسبة إلى أحد المدينين يقطع التقادم أو يقفه بالنسبة إلى الباقي ، فليس يرجع ذلك إلى قيام نيابة تبادلية . ولو كان الأمر كذلك ، لما انقطع التقادم أو وقف بالنسبة إلى الباقي ، لأن النيابة التبادلية لا يجوز إعمالها فيما يضر كما مر . ولما يرجع انقطاع التقادم ووقفه بالنسبة إلى المدينين الآخرين إلى أن طبيعة المحل ، من حيث عدم قابليته للتجزئة ، تقتضي هذا الحكم كما سيجيء (قارن الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ٢١٨) .

(٢) انظر للفقرة الأولى من المادة ٣٠١ مدني . ويترتب على ذلك أنه إذا جع شخصين التزام غير قابل للانقسام ، وكان أحدهما رشيداً والآخر قاصراً ، أمكن الدائن أن يلزم الرشيد منهما بتنفيذ الالتزام كله . فإذا لم يقم هذا المدين بالتنفيذ ، أمكن الدائن أن يطلب فسح المقدم مع الحكم

وكذلك يجوز لأى مدين أن ينى بكل الالتزام للدائن ، ويجبر الدائن على قبول هذا الوفاء ، ولا يستطيع أن يقتصر على قبول حصة المدين فى الالتزام إذا أراد هذا أن ينى بكل الالتزام . ومتى وفى المدين الالتزام كله للدائن ، برئت ذمة المدينين الآخرين نحو الدائن بهذا الوفاء .

وإذا طالب الدائن أحد المدينين المتعدين بكل الدين على الوجه الذى قدمناه ، كان لهذا المدين أن يدخل فى الدعوى باقى المدينين حتى يحكم عليهم جميعاً بالدين ، إذا كان الالتزام يمكن لأى مدين تنفيذه ، أو كان لا يمكن تنفيذه إلا بوساطتهم جميعاً . وحتى إذا كان المدين المطالب بالدين هو وحده الذى يمكن استيفاء الدين منه ، كان له أيضاً أن يدخل بقية المدينين فى الدعوى ، حتى يستصلر عليهم أحكاماً يرجوعه على كل منهم بحصته فى الدين (١) .

ولكل مدين أن يدفع مطالبة الدائن له بكل الدين بأوجه الدفع الخاصة به وبأوجه الدفع المشتركة بين المدينين جميعاً ، كما فى التضامن . ولكن ، كما فى التضامن أيضاً ، لا يجوز له أن يدفع هذه المطالبة بأوجه الدفع الخاصة بمدين آخر غيره . فيجوز إذن للمدين أن يدفع بأنه كان ناقص الأهلية وقت عقد الدين ، أو أن إرادته قد شابها عيب من غلط أو تدليس أو إكراه ، وهذه أوجه دفع خاصة به . ويجوز له أيضاً أن يدفع بأن الدين قد انقضى بسبب

— عليه بالتعويض (بلانيول وريبير وجابول ٧ فقرة ١١٠٣ ص ٤٣٧) . وقضت محكمة النقض بأنه متى كان حكم التضامن وعدم التجزئة نافذاً على المدينين ، فلا غل لأن ياتلوا نازع الملكية عن تنفيذ أجرى على أحيان أحدهم ، ما دامت هذه الأليات داخلة فى الأليات الموهنة التى تقرر عليها حق امتياز لنزاع الملكية سابق فى المرتبة على من نقل عليها ، بما مقتضاه أن نازع الملكية حتى إذا سكت من استعمال حقه عندما أجرى هذا التنفيذ ، فإن حقه فى اقتضاء دينه كاملاً من مدينيه المتضامنين مما يبق قائماً ، وهؤلاء وشأنهم فى رجوعهم بعضهم على بعض (نقض سلف ٢٦ مارس سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٤٨ ص ٤٢٠) .

(١) انظر المادة ٧٣ من تقنين الموجهات والمقود البتاني . وانظر بودرى وبارد ٢ فقرة ١٣٣٤ — فقرة ١٣٣٨ — هذا والمحكمة من تلقاء نفسها ، دون طلب من المدين ، أن تأمر بإدخال باقى المدينين فى الدعوى ، وتعين ميماداً لحضورهم ، وتكلف من يقوم من الخصوم بإعلامهم (م ١٤٤ من تقنين المرافعات) . بل يجوز لباقى المدينين أن يتدخلوا هم من تلقاء أنفسهم فى الدعوى لرعاية حقوقهم (م ١٥٣ من تقنين المرافعات) . وقد قلنا مثل ذلك فى حالة ما إذا طالب الدائن أحد المدينين المتضامنين بكل الدين (انظر آنفاً فقرة ١٨٤) .

من أسباب الانقضاء أو أنه باطل لسبب من أسباب البطلان ، أو أنه لم يحل أجله أو يتحقق شرطه ، وهذه أوجه دفع مشتركة بين المدينين . ولا يجوز للمدين أن يدفع بنقص أهلية أو غلط أو تدليس أو إكراه قام بمدين آخر غيره ، فإن هذه أوجه دفع خاصة بغيره من المدينين .

وإذا مات أحد المدينين ، فإن الدين لا ينقسم على ورثته كما كان في التضامن (١) ، ويكون كل وارث مسئولاً عن الدين بأكمله . ولسنا في حاجة إلى هذا الحكم إذا طبقنا في الميراث أحكام الشريعة الإسلامية (٢) ، فإن هذه الأحكام تجعل التركة لا الورثة مسئولة عن الديون ، فيصبح الدين غير قابل للتجزئة سواء كان في أصله قابلاً أو غير قابل للانقسام (٣) .

هذا ويلاحظ أنه إذا استحال محل الالتزام غير القابل للانقسام إلى تعويض نقدي ، أصبح الالتزام قابلاً للانقسام ، وينقسم فعلاً على المدينين المتعدين ، فقد زالت العقبة التي كانت تحول دون انقسام الدين . أما في التضامن فيبقى الدين ، حتى لو استحال إلى تعويض نقدي ، غير منقسم ، ويجوز مطالبة أى مدين بكل التعويض . وإذا كان التعويض مقلداً في شرط جزائي ، فإنه ينقسم كذلك في الالتزام غير القابل للانقسام على المدينين المتعدين كما ينقسم التعويض الذي يقدره القاضي ، إلا أنه إذا كان أحد المدينين هو الذي صدر منه خطأ في الإخلال بالالتزام كان مسئولاً عن الشرط الجزائي بأكمله ، أما الباقيون فينقسم عليهم الشرط الجزائي (أنظر م ١٢٣٢ و ١٢٣٣ مدني فرنسي (٤)) .

(١) استئناف غعلط ٢١ يولييه سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ٣٥٤ - ١٠ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٤٥٢ - ٢٥ يناير سنة ١٩٢٨ جازيت ١٨ رقم ٨٠ ص ٩٩ .
(٢) وقد رأينا أن المشروع التمهيد كان يشتمل على نص صريح يقضي بهذا الحكم ، فحذف هذا النص في لجنة المراجعة لعدم الحاجة إليه ، إذ هو نص تمليه طبيعة الأشياء ويمكن فيه تطبيق قواعد الشريعة الإسلامية (أنظر آنفاً فقرة ٢١٤ في الهامش - ومع ذلك أنظر آنفاً فقرة ١١٩ في الهامش) .

(٣) وحتى لو قسمت الديون الموجبة على الورثة عند تصفية التركة وفقاً لأحكام المادة ٨٩٥ مدني ، فإن الدين غير القابل للانقسام لا يقسم بين الورثة ، بل يوضع في نصيب أحد الورثة فيختص به وحده نظراً لطبيعته غير القابلة للانقسام (الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ٢١٩ ص ٣١٠ هامش رقم ٢) .

(٤) أوبري ورو ٤ فقرة ٣٠١ ص ٨٠ - بلانويك وريبير وجابولد ٧ فقرة ١١٠٣ ص ٤٧٩ - بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٨٧٣ .

٢١٧ - انقضاء الالتزام غير القابل لتوفيقاً بغير الوفاء : ولما

كان محل الالتزام غير قابل للتجزئة كما قدمنا ، فان انقضاء الالتزام بأى سبب آخر غير الوفاء ، ولو بالنسبة إلى أحد المدينين ، يجعله متقضياً بالنسبة إلى المدينين الآخرين .

فاذا قام أحد المدينين بقضاء الالتزام عن طريق التجديد ، انقضى الالتزام بالنسبة إليه وبالنسبة إلى المدينين الآخرين .

وإذا وقعت مقاصة بين الدائن وأحد الدائنين ، فانقضى الالتزام بالمقاصة بالنسبة إلى هذا المدين ، انقضى أيضاً بالنسبة إلى باقى المدينين . ويستطيع أى من هؤلاء أن يدفع مطالبة الدائن له بالمقاصة التى وقعت مع المدين الأول ، وذلك فى كل الدين ، لا بمقدار حصة المدين الأول فقط كما هو الحكم فى التضامن .

وإذا انحلت ذمة الدائن بذمة أحد المدينين ، انقضى الدين كله ، لا بالنسبة إلى هذا المدين وحده ، بل أيضاً بالنسبة إلى جميع المدينين . وكان هؤلاء ، فى التضامن ، لا يحتاجون باتحاد الذمة إلا بمقدار حصة من انحلت ذمته فقط .

وإذا أبرأ الدائن أحد المدينين من الالتزام غير قابل للتقسام ، برئت ذمة المدينين الآخرين ، لأن طبيعة الالتزام لا تحتل أن تبرأ منه ذمة مدين دون ذمة مدين آخر ما دام الالتزام غير قابل للتجزئة .

وكذلك إذا تقادم الدين غير المتجزئ بالنسبة إلى أحد المدينين المتعدد ، تقادم أيضاً بالنسبة إلى المدينين الآخرين . أما فى التضامن فان كلا من المدينين المتضامنين لا يحتاج بالتقادم الحاصل لغيره ، إلا بمقدار حصة هذا المدين فقط (١) .

(١) قارن فى كل من المقاصة واتحاد الذمة والإبراء والتقادم الأستاذ عبد الحى حجازى ١

٢١٨ - عزم قيام نيابة تبادلية بين المدينين في الالتزام غير

القابل للتقسام : ولما كانت الرابطة التي تربط ما بين المدينين المتعددين في التزام غير قابل للتقسام هي وحدة المحل غير القابل للتجزئة ، فليس يقوم بينهم ، كما يقوم في التضامن ، نيابة تبادلية ، لا فيما يضر ولا فيما ينفع . ويترتب على ذلك ما يأتي :

(١) انقطاع التقادم أو وقفه : إذا انقطع التقادم أو ووقف بالنسبة إلى أحد المدينين في التزام غير قابل للتقسام ، فإن طبيعة المحل غير القابل للتجزئة تقتضي أن ينقطع التقادم أو يقف بالنسبة إلى المدينين الآخرين (١). أما في التضامن ، فلا ينقطع التقادم أو يقف كما قلنا ، لانعدام النيابة التبادلية بين المدينين المتضامنين فيما يضر .

(٢) خطأ خطأ أحد المدينين : وخطأ أحد المدينين المتعددين في التزام غير قابل للتقسام لا يتعدى أثره إلى المدينين الآخرين ، بل يقتصر على المدين الذي ارتكب الخطأ فهو وحده يكون مسئولاً عنه . وهذا الحكم إنما يترتب على أن طبيعة المحل غير القابل للتجزئة لا تقتضي أن يتعدى أثر الخطأ الصادر من أحد المدينين إلى المدينين الآخرين (٢). وهذا هو الحكم أيضاً في التضامن ، إلا أنه

(١) استئناف مخطوط ١٠ ماي سنة ١٩٢٨ م ٣٩٧ ص ٤٥٢ - بودي وبارد ٢ فقرة ١٣٣٩ - بلانويك وريبير وجابولد ٧ فقرة ١١٠٣ ص ٤٧٧ - بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٨٦٩ ص ٦٤٨ - دي باج ٣ فقرة ٣٥٦ ص ٢٩٤ - الأستاذ عبد الحى حجازي ١ ص ٢٦٤ - ص ٢٦٥ (وقارن بالنسبة إلى وقف التقادم ص ٢٦٥) - قارن الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام ص ٣٠٧ هامش رقم ١ .

هذا وحسب لو قلنا بأن وقف التقادم يقتصر أثره على من قام به من المدينين سبب الوقف ، فلا مناص مع ذلك من القول بأن الدائن يرجع بكل الدين على من وقف التقادم بالنسبة إليه فلم ينقص دينه ، وهذا المبدأ يرجع على المدينين الآخرين الذين اكتمل التقادم بالنسبة إليهم كل بمقدار حصته (الأستاذ عبد الحى حجازي ١ ص ٢٦٥) . فلا تبرأ إذن ذمة هؤلاء المدينين الآخرين - في رجوع المدينين بعضهم على بعض - باستكمالهم للتقادم ، مادام التقادم قد وقف بالنسبة إلى واحد منهم .

(٢) بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٨٧٥ - الأستاذ عبد الحى حجازي ١ ص ٢٦٧ - ص ٢٦٨ .

يقوم هناك على أن النيابة التبادلية بين المدينين المتضامين لا أثر لها فيما يضر المدينين ، كما تقدم القول .

(٣) الإعذار والمطالبة القضائية : وإذا أعلن الدائن أحد المدينين المتضامين في الالتزام غير القابل للانقسام ، فإن هذا الإعذار لا يسرى في حق المدينين الآخرين ولا يعتبرون معذرين ، إذ لا توجد نيابة تبادلية فيما بينهم ولا تقتضى طبيعة المحل غير القابل للتجزئة أن يكون إعذار أحد المدينين إعذاراً للباقيين (١) وإذا أعلن أحد المدينين في التزام غير قابل للانقسام الدائن ، لم يفد هذا الإعذار المدينين الآخرين ، لانعدام النيابة التبادلية حتى فيما ينفع ، ولعدم اقتضاء طبيعة المحل غير القابل للتجزئة هذا الحكم (٢) وقد رأينا في للتضامن أن أعذار الدائن لأحد للمدينين المتضامين لا يكون أعذاراً للباقيين لعدم قيام النيابة التبادلية فيما يضر ، ورأينا أن إعذار أحد المدينين المتضامين للدائن يفيد المدينين الآخرين لقيام النيابة التبادلية فيما ينفع .

ومطالبة الدائن لأحد المدينين في التزام غير قابل للانقسام مطالبة قضائية لاتضر المدينين الآخرين ولا تجعل الفوائد تسرى عليهم (٣) ، لانعدام النيابة التبادلية ، ولأن طبيعة المحل غير القابل للتجزئة لا تقتضى هذا الحكم (٤) . وقد رأينا في التضامن كذلك أن مطالبة أحد المدينين المتضامين لاتضر بالباقيين ، ولكن يرجع السبب في هذا إلى أن النيابة التبادلية في التضامن لا تقوم فيما يضر .

(٤) الصلح : وإذا صالح أحد المدينين في التزام غير قابل للانقسام الدائن ، فإن كان في الصلح إبراء من الدين ، أفاد منه المدينون الآخرون .

(١) بيدان ولا جارد ٨ فقرة ٨٧٧ — الأستاذ عبد الحى حجازى ١ ص ٢٦٥ .

(٢) انظر عكس ذلك الأستاذ عبد الحى حجازى ١ ص ٢٦٦ .

(٣) وإن كانت تقطع التقادم بالنسبة إلى المدينين جميعاً ، فقد قلنا أن قطع التقادم بالنسبة إلى أحد المدينين في التزام غير قابل للانقسام يعتبر قطعاً لتقادم أيضاً بالنسبة إلى باقى المدينين .

(٤) ديمولوب ٢٦ فقرة ٦٠٨ - ٦٠٩ - لوران ١٧ فقرة ٣٩١ - بودرى وبارد ٢

فقرة ١٣٣٧ ص ٤٦٠ - بلانويل وريبير وجابولد ٧ فقرة ١١٠٣ ص ٤٧٧ - ص ٤٧٨ -

انظر عكس ذلك كوليه دى سانتير ٥ فقرة ١٠٦ مكررة ١ - الموجز المؤلف فقرة ٥١٢ .

ص ٥٢٥ .

ولكن ليس ذلك لأن هناك نيابة تبادلية فيما ينفع كما هو الأمر في التضامن ، بل لأن الإبراء من الدين وهو غير قابل للتجزئة يتضمن إبراء ذمة المدينين الآخرين (١).

وإذا كان الصلح يتضمن زيادة الالتزام أو تسوية مركز المدين ، لم يعد أثره إلى المدينين الآخرين إلا إذا قبلوه ، لأن الصلح عقد يقتصر أثره على المتعاقدين ، ولأن طبيعة المحل غير القابل للتجزئة لا تقتضى أن يتعدى أثر الصلح إلى المدينين الآخرين . وهذا هو الحكم أيضاً في التضامن ، ولكنه مبنى على انعدام النيابة التبادلية فيما يضر كما قلنا (٢).

(٥) الإقرار : وإذا أقر أحد المدينين في التزام غير قابل للانقسام ، فإن إقراره لا يتعدى أثره إلى المدينين الآخرين ، لأن الإقرار حجة قاصرة على المقر ، ولأن طبيعة المحل غير القابل للتجزئة لا تقتضى أن يسرى الإقرار في حق المدينين الآخرين . وهذا هو الحكم أيضاً في التضامن ، ولكنه مبنى على انعدام النيابة التبادلية فيما يضر كما رأينا .

وإذا أقر الدائن لأحد المدينين في التزام غير قابل للانقسام ، فإن كان الإقرار غير متعلق بأمر خاص بهذا المدين بل يتناول الدين ذاته ، فإنه يسرى في حق المدينين الآخرين ، وذلك لأن طبيعة المحل غير القابل للتجزئة تقتضى ذلك (٣) . وهذا هو الحكم أيضاً في التضامن ، ولكنه مبنى على قيام نيابة تبادلية بين المدينين المتضامنين فيما ينفع .

(٦) العيين : وإذا وجه الدائن العيين إلى أحد المدينين في التزام غير قابل للانقسام فحلفها ، وكان العيين يتعلق بالدين ذاته ، فإن المدينين الآخرين يفيدون من ذلك ، ولكن ليس للسبب الذي ذكرناه في التضامن من أن هناك نيابة بين المدينين المتضامنين فيما ينفع ، ولكن لأن طبيعة المحل غير القابل

(١) الأستاذ عبد الحى حجازى ١ ص ٢٦٦ .

(٢) الأستاذ عبد الحى حجازى ١ ص ٢٦٦ .

(٣) قارب استئناف مخطوط ٨ يناير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٢٨ .

للتجزئة تقتضى هذا الحكم . وإذا نكل المدين ، فإن نكوله يكون إقراراً ، وقد قدمنا أن الإقرار لا يتعدى أثره إلى المدينين الآخرين (١).

وإذا وجه أحد المدينين في التزام غير قابل للانقسام المدين إلى الدائن فحلف ، فإن توجيه المدين لا يضر بالمدينين الآخرين لأن طبيعة المحل غير القابل للتجزئة لا تقتضى أن يضر توجيه المدين بالمدينين الآخرين ، وقد رأينا أن السبب في التضامن يرجع إلى عدم قيام النيابة التبادلية فيما يضر . وإذا نكل الدائن ، انتفع بنكوله المدينون الآخرون ، لأن طبيعة المحل غير القابل للتجزئة تقتضى ذلك ، لا لقيام نيابة تبادلية بين المدينين فيما ينفع كما هو الأمر في التضامن (٢).

(٧) الحكم : وإذا صدر حكم على أحد المدينين في التزام غير قابل للانقسام ، وكان الحكم مبنياً على أسباب ترجع إلى الدين ذاته ، فإن أثر الحكم يسرى في حق المدينين الآخرين ، لأن طبيعة المحل غير القابل للتجزئة تقتضى ذلك . وقد رأينا في التضامن أنه إذا صدر حكم على أحد المدينين المتضامنين ، لم يحتاج بهذا الحكم على الباقيين ، وذلك راجع إلى انعدام النيابة التبادلية فيما يضر . هذا وإذا كان الحكم على المدين في الالتزام غير القابل للانقسام مبنياً على أسباب خاصة بهذا المدين ، فإن أثر الحكم لا يسرى في حق الباقيين ، إذ لا تقتضى طبيعة المحل سرية في حقهم (٣).

وإذا صدر الحكم لصالح أحد المدينين في التزام غير قابل للانقسام ، أمكن الباقيين أن يحتجوا به ، لأن هذا هو ما تقتضيه طبيعة المحل غير القابل للتجزئة . وهذا هو أيضاً شأن التضامن ، ولكن ذلك يرجع إلى قيام نيابة تبادلية بين المدينين فيما ينفع كما سبق القول (٤) .

(١) الأستاذ عبد الحى حجازى ١ ص ٢٦٦ .

(٢) الأستاذ عبد الحى حجازى ١ ص ٢٦٦ .

(٣) بلايول وريبير وجابلد ٧ فقرة ١١٠٣ ص ٤٧٨ - بيدان ولاجارد ٨ ص ٨٧٨ .

(٤) ورفع الاستئناف على أحد المدينين في دين غير قابل للانقسام في المياد يميز لإدخال

المدينين الآخرين في هذا الاستئناف ولو بعد المياد : استئناف مختلط ١٦ مارس سنة ١٩٣٧

م ٤٩ ص ١٤٦ - ٩ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣٠٨ - ٢٨ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١

ص ٢١٩ . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان موضوع دعوى استرداد الحصة المبيعه عام -

المطلب الثاني

علاقة للدينين بعضهم ببعض

٢١٩ - **انقسام الدين على المدينين** : رأينا أن الفقرة الثانية من المادة ٣٠١ مدني تقضي بأن « للمدين الذي وفي بالدين حق الرجوع على الباقيين ، كل بقدر حصته ، إلا إذا تبين من الظروف غير ذلك » . ولما كان الدين الذي وقاه أحد المدينين للدائن غير قابل للانقسام فرضاً ، فإن رجوع المدين على المدينين الآخرين كل بقدر حصته لا يكون بنفس الدين ، فانه غير قابل للانقسام ، ولكن بدين شخصي مصدره الوكالة أو القضاة كما قدمنا في التضامن . وحتى إذا رجع المدين بنفس الدين بمقتضى دعوى الحلول ، فإن الدين في علاقة المدينين بعضهم ببعض يصبح قابلاً للانقسام ، فإن استعصت طبيعته على التجزئة كان رجوع المدين بحصة في قيمة الدين لا بحصة في عينه .

٢٢٠ - **تعيين حصص كل مدين** : ويتبع في تعيين حصص كل مدين ، في رجوع المدين الذي وفي الدين على باقي المدينين ، القواعد التي قدمناها في التضامن . فالأصل أن حصص المدينين جميعاً متساوية ، ما لم يوجد هناك اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك .

= لا يقبل التجزئة ، فإن إعلان الاستئناف الموجه من المتهود إلى البائع بعد المهاد يكون صحيحاً متى كان المشتري قد أعلن به في المهاد (فقص مدني ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٥ رقم ١٣ ص ٢٢ - ولم تأخذ المحكمة بهذا المبدأ في دعوى الشفعة ، لأن القانون نص في الشفعة على وجوب رفع الدعوى على المصوم بيميناً في مهاد معين ، واستئناف الحكم فيها على جميع المصوم كذلك في مهاد معين : تعليق الأستاذ محمد حامد فهمي في مجموعة عمر ٥ ص ٢٤ في المامش) . ورفع أحد المدينين في التزام غير قابل للانقسام طعناً في الحكم يفيد الباقيين ، كما أن الحكم لأحد المدينين يفيد سائرهم : استئناف مخطوط ٢٣ مارس سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢١٢ - ٦ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٦٧ - ١٣ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٧٨ - ٩ مايو سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢٨٤ - ٥ يونيو سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٣١٣ - ١٣ يونيو سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٣٢٩ - ٧ مايو سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٩٦ - ٣١ ديسمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ٨٥ - ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٣٧ م ٥٠ ص ٣٢ - ١٤ ديسمبر سنة ١٩٣٧ م ٥٠ ص ٤٨ - ١١ يناير سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٩٦ .

وقد يقين من الظروف — كما تقول العبارة الأخيرة من الفقرة الثانية من المادة ٣٠١ مدني — أن أحد المدينين هو وحده صاحب المصلحة في الدين ، فيتحمله وحده . فإن كان هو الذي رجع عليه الدائن بكل الدين ، فلا رجوع له على أحد من المدينين الآخرين . وإن كان الدائن قد رجع على غيره ، فإن هذا المدين الأخير الذي وفي الدين يرجع به كله على الدائن صاحب المصلحة فيه دون أن يرجع بشيء على الباقي . وقد تقدم تفصيل ذلك في التضامن .

٢٢١ — **إعسار أحد المدينين** : كذلك إذا أعسر أحد المدينين في دين غير قابل للتقسام ، فإن المدينين الباقيين يتحمل كل منهم نصيباً في هذا الإعسار بنسبة حصته في الدين ، كما رأينا في التضامن .

فإذا كان محل الالتزام فرساً مثلاً ، وأداه للدائن أحد المدينين ، فإنه يرجع على كل مدين آخر بحصته في قيمة الفرس . فإذا كانت قيمته ستين ، وكان المدينون أربعة حصصهم متساوية ، وأدى الفرس للدائن أحد هؤلاء الأربعة ، فإنه يرجع على كل من المدينين الثلاثة الآخرين بخمسة عشر مقدار حصته في الدين . فإذا كان أحد الثلاثة معسراً ، تتحمل سائر المدينين هذا الإعسار كل بنسبة حصته . فيرجع المدين الذي أدى الفرس للدائن على كل من المدينين الاثنين غير المعسرين بعشرين ، ويتحمل هو العشرين الباقية مثلهما ، ويكون الثلاثة قد اشتركوا في تحمل حصة المعسر بقدر متساو (١).

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في صدد رجوع المدين الذي وفي الدين على بقية المدينين : « أما بالنسبة لملاقة المدينين فيما بينهم ، فينضم الالتزام ، وفقاً لقواعد التي تقدم ذكرها بصدد التضامن ، ويشتركون جميعاً في تحمل ثمة إعسار من يسر من بينهم . والمدين ، إذا طُلب بالالتزام بأمره أمام القضاء ، أن يطلب أجلاً لاغتصام سائر المدينين ، لا ليبراً من نفسه ثمة الوفاء بالالتزام كاملاً ، بل ليحصل على حكم بشأن حقه في الرجوع على هؤلاء المدينين ، ولو كان الدين بطبيعته لا يتيسر الوفاء به إلا من هذا المدين : انظر المادة ١٢٢٥ من الترتين المدني الفرنسي والمادة ١٦٤ من المشروع الفرنسي الإيطالي . ويكون الرجوع في هذه الحالة بمقتضى الدعوى الشخصية أو بمقتضى دعوى الحلول ، كما هو الشأن في التضامن » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٠٤) .

المبحث الثاني

تعدد الدائنين في الالتزام غير القابل للانقسام

٢٢٢ - النصوص القانونية : تنص المادة ٣٠٢ من التقنين المدني على ما يأتي :

١ - إذا تعدد الدائنون في التزام غير قابل للانقسام ، أو تعدد ورثة الدائن في هذا الالتزام ، جاز لكل دائن أو وارث أن يطالب بأداء الالتزام كاملاً . فإذا اعترض أحد الدائنين أو الورثة على ذلك ، كان المدين ملزماً بأداء الالتزام للدائنين مجتمعين أو لإيداع الشيء محل الالتزام .

٢ - ويرجع الدائنون على الدائن الذي استوفى الالتزام ، كل بقدر حصته (١) . ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، ولكن الحكم كان معمولاً به دون نص .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٣٠٢ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٢٨٩ - وفي التقنين المدني العراقي المادة ٣٣٨ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٧٢ (٢) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٤٢٦ حل وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم المادة ٢١٤ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب ، لمجلس الشيوخ تحت رقم ٣٠٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ١٠٦ - ص ١٠٨) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٣٠٢ (مطابقة) .
التقنين المدني الليبي م ٢٨٩ (مطابقة) .
التقنين المدني العراقي م ٣٣٨ (مطابقة) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٧٢ : إذا تعدد الدائنون في موجب غير قابل للتجزئة ولا تضامن بينهم ، فالمديون لا يمكنه أن يدفع إلا لجميع الدائنين معاً ، وكل دائن منهم لا يمكنه أن يطلب التنفيذ إلا باسم الجميع ويتفويض منهم . حل إنه يجوز لكل دائن أن يطلب لحساب =

ونبحث هنا أيضا، كما بحثنا في التضامن بين الدائنتين ، علاقة الدائنتين بالمدين
ثم علاقة الدائنتين بعضهم ببعض .

المطلب الأول

علاقة الدائنتين بالمدين

٢٢٣ - **المبادئ الأساسية :** في علاقة الدائنتين بالمدين يراعى ، هنا
أيضا ، أن الالتزام غير القابل للانقسام له محل واحد لا يتجزأ . ويترتب على
فكرة وحدة المحل وعدم قابليته للتجزئة ما يأتي :

أولاً - يستطيع أى دائن أن يطالب المدين بكل الدين ، فانه دين غير قابل
للتجزئة . فاذا عارض أحد الدائنتين ، وجب على المدين إما الوفاء للكل مجتمعين
أو إيداع الشيء محل الالتزام على ذمة الدائنتين .

ثانياً - إذا انقضى الالتزام بالنسبة إلى أحد الدائنتين بسبب آخر غير الوفاء ،
فنظراً لوحدة المحل وعدم قابليته للتجزئة كان ينبغي أن ينقضى الالتزام أيضاً
بالنسبة إلى سائر الدائنتين . ولكن لما كان للدائنتين أن يعارضوا في استيفاء أحدهم
للدين كله ، فسنرى أنه لا يحتاج عليهم بسبب الانقضاء إلا بمقدار حصة من قام به
هذا السبب على تفصيل سنورده فيما يلى .

ثالثاً - لا تقوم بين الدائنتين المتعددتين في الالتزام غير القابل للانقسام نيابة
تبادلية ، كما تقوم هذه النيابة بين الدائنتين المتضامنتين . وإنما الذى يربط الدائنتين

- الجميع لإيداع الشيء الواجب أو تسليمه إلى حارس تميته المحكمة إذا كان ذلك الشيء غير قابل
للإيداع .

ويختلف التقنين البنائى عن التقنين المصرى فى أن الأصل فى التقنين البنائى أن أحداً من
الدائنتين لا يستطيع أن يستقل باستيفاء كل الدين ، بل يجب أن يفرضه باق الدائنتين فى ذلك ،
وكل ما يستطيعه وحده هو أن يطالب بإيداع الشيء أو تسليمه إلى حارس . أما فى التقنين المصرى
فيجوز لأى دائن ، ما لم يترتب عليه دائن آخر ، أن يستقل باستيفاء الدين كله .

بعضهم ببعض هي وحدة محل الالتزام غير القابل للتجزئة . فهذا الاعتبار —
لا النيابة التبادلية — هو الذي تقف عنده .
وتناول بالبحث كل مبدأ من هذه المبادئ الثلاثة .

٢٢٤ — انقضاء الالتزام غير القابل لتقسام بالوفاء — اطلال

أى دائن مطالب المدعى بالانقسام كله : يجوز لأى دائن من الدائنين المتعددين
في دين غير قابل للانقسام أن يطالب المدينين بالدين كاملاً ، فإن الالتزام محله واحد
لا يتجزأ ، فيعتبر المدين قد انشغلت ذمته به كله نحو أى دائن (م ١/٣٠٢ مدني) .
ويستطيع المدين أن يني بالدين كله لأى دائن من الدائنين المتعددين . ومتى وفى
المدين الدين كله لأحد الدائنين ، فإن ذمته تبرأ من الدين نحو الباقي .

ولكن يلاحظ هنا — كما هي الحال في التضامن الإيجابي — أنه يجوز لأى
دائن أن يعترض على أن يوفى المدين بكل الدين لدائن آخر . وتتبع في شكل
الاعتراض وحكمه القواعد التي أسلفناها في التضامن الإيجابي . ومتى وقع
الاعتراض صحيحاً ، فانه يتعين على المدين ، إذا أراد أن يكون الوفاء مبرئاً لذمته
نحو كل الدائنين ، أن يني بالدين لكل مجتمعين . فان تعلمر عليه ذلك ،
وجب أن يودع الشيء محل الالتزام على ذمتهم جميعاً ، وفقاً للإجراءات
المقررة قانوناً .

وإذا مات أحد الدائنين المتعددين في الالتزام غير القابل للانقسام ، فان
كان عدم القابلية للانقسام يرجع إلى الاتفاق ، انقسم الدين على ورثة هذا
الدائن ، لأن عدم القابلية للانقسام إنما تقررت اتفاقاً لمصلحة الدائن ، وقد
زالت هذه المصلحة بموته فأصبح من مصلحة ورثته أن ينقسم الدين عليهم (١) .
أما إذا كان عدم القابلية للانقسام يرجع إلى طبيعة المحل ، فالدين بطبيعته يستعصى
على أن ينقسم على الورثة ، فيبقى غير قابل للانقسام بالنسبة إلى ورثة كل دائن
كما هو غير قابل للانقسام بالنسبة إلى الدائنين جميعاً . وقد نص التفتين المدني

(١) انظر في هذا المعنى : بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١١٠٤ ص ٤٧٩ — بلانيول

وريبير وبولانجه ٢ فقرة ١٩١٣ — جوسران ٢ فقرة ٨٠٠ .

صراحة على عدم الانقسام بالنسبة إلى ورثة الدائن إذا تعدد الدائنون ، وأغفل النص على عدم الانقسام بالنسبة إلى ورثة المدين إذا تعدد المدينون . والسبب في ذلك أن قواعد الشريعة الإسلامية في الميراث تغني عن النص في الحالة الأخيرة كما قدمنا ، فإن تركة المدين تكون هي المستولة عن التزامه ، فيبقى الالتزام غير قابل للانقسام حتى لو تعددت ورثة المدين . أما في الالتزام غير القابل للانقسام إذا تعدد الدائنون ، فقواعد الشريعة الإسلامية في الميراث لا تغني عن النص ، فإن هذه القواعد لا تمنع من انقسام حقوق التركة على الورثة . فإذا مات الدائن وترك ورثة متعددين ، فإن الالتزام الذي له كان من الممكن أن ينقسم على ورثته ، لولا عدم قابليته للانقسام بطبيعته . فطبيعة الالتزام هي التي منعت من انقسامه وليست قواعد الميراث ، ومن هنا وجد النص على عدم الانقسام بالنسبة إلى الورثة في حالة تعدد الدائنين ، ولم يوجد في حالة تعدد المدينين .

ويلاحظ أن الالتزام غير القابل للانقسام بطبيعته قد يوجد منذ البداية وله دائنون متعددون ، وهذا ما افترضناه حتى الآن . فإذا مات أحد هؤلاء الدائنين وترك ورثة متعددين ، بقي الالتزام غير قابل للانقسام بالنسبة إلى كل من الدائنين الأصليين فحسب ، بل أيضاً بالنسبة إلى كل وارث من ورثة الدائن الذي مات . وقد يكون الالتزام غير القابل للانقسام بطبيعته له دائن واحد في بداية الأمر ، فلا تظهر أهمية عدم القابلية للانقسام ما دام هذا الدائن حياً ، فإن الالتزام حتى لو كان قابلاً للانقسام يكون تنفيذه غير قابل للانقسام ما دام كل من الدائن والمدين واحداً كما مر القول . لكن إذا مات هذا الدائن الواحد وترك ورثة متعددين ، ظهرت الأهمية لعدم القابلية للانقسام ، إذ لا ينقسم الالتزام على ورثة الدائن ، بل يستطيع كل وارث أن يطالب المدين بالالتزام كله ، كما يستطيع المدين أن يوفيه كله لأي وارث .

وإذا طالب أي دائن المدين في دين غير قابل للانقسام بكل الدين ، فإن المدين يستطيع أن يدفع هذه المطالبة بأوجه الدفع المشتركة بين الدائنين جميعاً ، وكذلك بأوجه الدفع الخاصة بهذا الدائن الذي يطالبه ، ولا يستطيع أن يدفع بأوجه الدفع

الخاصة بدائن آخر ، وذلك على الوجه الذى قدمناه فى التضامن الإيجابى (١) .
وإذا استحال الالتزام غير القابل للانقسام إلى تعويض تقضى ، زالت العقبة
التي كانت تحول دون انقسامه ، فينقسم فى هذه الحالة على الدائنين المتعدين كما
هى الحال فى الالتزام غير القابل للانقسام إذا تعدد المدينون فيما قدمنا ، وخلافاً
لما هى الحال فى التضامن الإيجابى فإن التعويض التقضى لا ينقسم على الدائنين
المتضامين .

٢٢٥ — انقضاء الالتزام غير القابل للانقسام بغير الوفاء :

لو كان لأى دائن فى الالتزام غير القابل للانقسام أن يطالب باستيفاء الدين
كاملاً رغم معارضة أى دائن آخر ، لوجب القول هنا — كما قلنا فى الالتزام
غير القابل للانقسام عند تعدد المدينين — أن انقضاء الدين بسبب غير الوفاء
ولو بالنسبة إلى أحد الدائنين ، يجعله منقضاً بالنسبة إلى الباقي . ولكننا رأينا
أنه لا يجوز لأى دائن أن يطالب باستيفاء الدين كاملاً ، إذا عارض فى ذلك
دائن آخر . ومن ثم إذا انقضى الدين بسبب غير الوفاء بالنسبة إلى أحد الدائنين ،
فإن هذا السبب لا يمتنع به على الدائنين الآخرين إذا عارضوا فيه ، إلا بقدر
حصة هذا الدائن الذى قام به سبب الانقضاء . فإذا جدد أحد الدائنين الدين ،
أو اتصلت ذمته مع المدين ، أو وقعت معه مقاصة ، أو صدر منه إبراء ، أو
اكتمل التقادم بالنسبة إليه ، فإن شيئاً من هذا لا يمتنع به على الدائنين الآخرين .
وليس للمدين أن يتمسك ضد هؤلاء الدائنين بالتجديد أو باتحاد الذمة أو بالمقاصة
أو بالإبراء أو بالتقادم ، إلا بقدر حصة الدائن الذى قام به هذا السبب . ولكن
لما كان المدين لا يستطيع إلا أن يبق بالدين كله ، إذ الدين غير قابل للتجزئة ،
فهو إذا طالبه دائن آخر ، لا يجد بداً من أن يؤدي له الدين كله ، على أن
يرجع عليه بما يعادل حصة الدائن الذى قام به سبب الانقضاء (٢) . ثم يرجع

(١) انظر آتياً فقرة ١٣٦ .

(٢) انظر بودى وبارد ٢ فقرة ٣٣١ — بلانيوك وريبير وجابول ٧ فقرة ١١٠٤
ص ٤٨٠ — بلانيوك وريبير وبولانجي ٢ فقرة ١٩١٢ — دى باج ٣ فقرة ٣٠٧ —
بولانجي فى أنسيكلوبيس دالوز ٢ لفظ indivisibilité فقرة ٢٧ — وانظر الفقرة الثانية من
المادة ١٢٢٤ من الترتين للمق القرنى .

المدين ، بعد ذلك ، على الدائن الذى قام به سبب الانقضاء بما حصل عليه هذا زيادة على حصته .

٢٢٦ - عزم قيام نيابة تبادلية بين الدائنين فى الالتزام غير

القابل للتقسام : فى الدين غير القابل للتقسام لا يربط الدائنين إذا تعددوا - كما لا يربط المدينين إذا تعددوا - نيابة تبادلية ، ولا يرتبطون إلا بوضع طبيعى هو عدم قابلية الدين للتقسام . ويترتب على ذلك نتائج مشابهة لتلك التى ترتبها على عدم قابلية الانقسام عند تعدد المدينين ، ونوجزها فيما يلى :

(١) انقطاع التقادم أو وقفه : إذا قطع أحد الدائنين التقادم على المدين ، أو وقف التقادم بالنسبة إلى أحد الدائنين ، انتفع بذلك سائر الدائنين ، واعتبر التقادم مقطوعاً أو موقوفاً بالنسبة إليهم (١). وهذا هو أيضاً الحكم فى التضامن الإيجابى فيما يتعلق بانقطاع التقادم ، إلا أن علة هذا الحكم فى عدم القابلية للتقسام هى طبيعة الأشياء ، لأن الالتزام غير القابل للتقسام لا يتصور أن ينقطع التقادم فيه أو يوقف بالنسبة إلى دائن دون آخر. وأما علة الحكم فى التضامن الإيجابى ، فقيام النيابة التبادلية بين الدائنين المتضامنين فيما ينفع .

(٢) خطأ أحد الدائنين : وإذا ارتكب أحد الدائنين خطأ استوجب مسئوليته ، فإن أثر هذا الخطأ لا يتعدى إلى غيره من الدائنين ، ذلك لأن طبيعة

= وانظر أيضاً المذكرة الإيضاحية المشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٠٧ - وانظر الأستاذ عبد الحى حجازى ١ ص ٢٧٠ - ص ٢٧٢ - وقارن : استئناف مخلف ٢٠ يناير سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٠٦ .

(١) لاروميير ٣ ١٢٢٥ فقرة ١١ - ديجولوب ٢٦ فقرة ٩٢٤ - لوزان ١٧ فقرة ٣٩٦ - هيك ٧ فقرة ٣٦٠ - بودى وبارد ٢ فقرة ١٣٣٢ - بلانويل وريير وجابول ٧ فقرة ١١٠٤ ص ٤٨٠ - دى بلج ٣ فقرة ٣٠٧ - الأستاذ عبد الحى حجازى ١ ص ٢٧٣ - قارن الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام ص ٣٠٨ هامش رقم ٢ .
وإذا نزل المدين عن التقادم بالنسبة إلى أحد الدائنين ، انتفع الباقى بذلك (الأستاذ عبد الحى حجازى ١ ص ٢٧٣) .

(م ٢٦ - الوسيط)

المحل غير القابل للتجزئة لا تقتضى أن يتعدى أثر الخطأ إلى دائر آخر . وهذا هو الحكم أيضاً في التضامن الإيجابي ، ويرجع إلى انعدام النيابة التبادلية فيما يضر .

(٣) الإعذار والمطالبة القضائية : وإذا أعلن أحد الدائنين المدين ، لم يكن المدين معذراً بالنسبة إلى الدائنين الآخرين ، لأن عدم القابلية للانقسام لا تقتضى ذلك حتاً (١) . أما في التضامن الإيجابي ، فقد رأينا أن إعذار أحد الدائنين للمدين يجعل المدين معذراً بالنسبة إلى الباقين ، لقيام النيابة التبادلية فيما ينفع . وإعذار المدين لأحد الدائنين المتعديدين في دين غير قابل للانقسام لا يسرى أثره في حق الدائنين الآخرين ، لأن هذا السريان لا يقتضيه حتاً طبيعة المحل غير القابل للتجزئة . وهذا هو الحكم أيضاً في التضامن الإيجابي لسبب آخر ، هو انعدام النيابة التبادلية فيما يضر .

وإذا طالب أحد الدائنين في التزام غير قابل للانقسام المدين مطالبة قضائية ، فإن هذه المطالبة لا يسرى أثرها في حق الدائنين الآخرين (٢) . لأن مد هذا الأثر إلى هؤلاء لا تقتضيه حتاً طبيعة المحل غير القابل للتجزئة . والحكم عكس ذلك في التضامن الإيجابي ، فطالبه أحد الدائنين للمدين يسرى أثرها بالنسبة إلى باقي الدائنين ، لقيام النيابة التبادلية فيما ينفع .

(٤) الصلح : وإذا صالح المدين أحد الدائنين في دين غير قابل للانقسام ، وتضمن الصلح لإضراراً بحقوق الدائنين الآخرين ، لم يسر عليهم الصلح ، لأن هذا السريان لا تقتضيه طبيعة المحل غير القابل للتجزئة ، ولأن الصلح عقد يقتصر أثره على من كان طرفاً فيه . وهذا هو الحكم أيضاً في التضامن الإيجابي ، ولكن لسبب آخر هو انعدام النيابة التبادلية فيما يضر .

وإذا تضمن الصلح فائدة للدائنين الآخرين في دين غير قابل للانقسام ، لم ينتفعوا بذلك لأنهم لم يكونوا أطرافاً في هذا الصلح ، إلا إذا كان الدائن الذي

(١) انظر عكس ذلك الأستاذ عبد الحى حجازى ١ ص ٢٧٣ .

(٢) وإن كانت تقطع التقادم لمصلحة الدائنين جميعاً ، فقد قلنا أنه إذا قطع أحد الدائنين التقادم انتفع بذلك سائر الدائنين .

عقد الصلح قد اشترط لمصلحتهم فطبق قواعد الاشتراط لمصلحة الغير . أما في التضامن الإيجابي فالدائون الآخرون يفيدون من الصلح ، على أساس قيام نيابة تبادلية فيما ينفع .

(٥) الإقرار : وإذا أقر أحد الدائنين في دين غير قابل للانقسام ، فإن إقراره لا يتعدى أثره إلى سائر الدائنين ، إذ أن هذا التعدي لا تقتضيه طبيعة المحل غير القابل للتجزئة ، ولأن الإقرار حجة قاصرة على المقر . وهذا هو الحكم أيضاً في التضامن الإيجابي ، ولكن لسبب آخر هو انعدام النيابة التبادلية فيما يضر .

وإذا أقر المدين لأحد الدائنين في دين غير قابل للانقسام ، وكان الإقرار يتناول الدين ذاته ، فإن طبيعة المحل غير القابل للتجزئة تقتضي أن يتعدى أثر الإقرار إلى سائر الدائنين فينتفعوا به (١) . وهذا هو الحكم أيضاً في التضامن الإيجابي ، ولكن لقيام نيابة تبادلية فيما ينفع .

(٦) اليمين : وإذا وجه أحد الدائنين في دين غير قابل للانقسام اليمين للمدين فحلفها ، لم يتعد أثر ذلك إلى سائر الدائنين ، لأن طبيعة المحل غير القابل للتجزئة لا تقتضيه . وهذا هو الحكم أيضاً في التضامن الإيجابي ، لانعدام النيابة التبادلية فيما يضر . أما إذا نكل المدين في الالتزام غير القابل للانقسام ، فإن نكوله يكون بمثابة إقرار ، فإن كان متعلقاً بالدين ذاته تعدى أثره إلى سائر الدائنين ، لأن طبيعة المحل غير القابل للتجزئة تقتضي ذلك (٢) . والتكول في التضامن الإيجابي يفيد سائر المدينين ، لقيام النيابة التبادلية فيما ينفع .

وإذا وجه المدين اليمين إلى أحد الدائنين في دين غير قابل للانقسام فحلفها ، وكانت الواقعة متعلقة بالدين ذاته ، فإن الحلف يتعدى أثره إلى سائر الدائنين ، لأن هذا هو ما تقتضيه طبيعة المحل غير القابل للتجزئة . وهذا هو أيضاً الحكم في التضامن الإيجابي ، ولكن لقيام النيابة التبادلية فيما ينفع . أما إذا نكل الدائن

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختطة بأنه إذا كان المدين المحكوم عليه لصالح دائنين متعددين في دين غير قابل للانقسام قد أقر لمصلحة أحد هؤلاء الدائنين ، لم يحز له أن يستأنف الحكم بالنسبة إلى الباقي (استئناف مخطوط ٨ يناير سنة ١٩٢٤ م ٢٦ ص ١٢٨) .

(٢) الأستاذ عبد الحى حجازى ١ ص ٢٧٣ .

في دين غير قابل للانقسام ، فان نكوله يكون بمثابة إقرار لا يتعدى أثره إلى سائر الدائنين ، لأن طبيعة المحل غير القابل للتجزئة لا تقتضيه ، ولأن الإقرار حجة قاصرة على المقر (١) . وهذا هو أيضاً الحكم في التضامن الإيجابي ، ولكن لانعدام النيابة التبادلية فيما يضر .

(٧) الحكم : وإذا صدر حكم على أحد الدائنين في دين غير قابل للانقسام : فان هذا الحكم يحتاج به في حق الدائنين الآخرين ، لأن طبيعة المحل غير القابل للتجزئة تقتضي ذلك (٢) . أما في التضامن الإيجابي ، فان هذا الحكم لا يسرى في حق الدائنين الآخرين ، لانعدام النيابة التبادلية فيما يضر .

وإذا كان الحكم الذي صدر هو لصالح أحد الدائنين في دين غير قابل للانقسام ، فان سائر المدينين يفيدون منه ، لأن هذا هو ما تقتضيه طبيعة المحل غير القابل للتجزئة ، إلا إذا كان الحكم مبنياً على سبب خاص بالمدين الذي صدر الحكم لصالحه (٣) . وهذا هو أيضاً شأن التضامن الإيجابي ، ولكن لقيام نيابة تبادلية فيما ينفع (٤) .

المطلب الثاني

علاقة الدائنين بعضهم ببعض

٢٢٧ — انقسام الدين على المائتين : رأينا أن الفقرة الثانية من

المادة ٣٠٢ مدني تقضي بأن يرجع الدائنتون ، كل بقدر حصته ، على الدائن الذي استوفى الالتزام . والرجوع هنا — كالرجوع في التضامن وكالرجوع في عدم

(١) الأستاذ عبد الحى حجازي ١ ص ٢٧٣ .

(٢) انظر عكس ذلك الأستاذ عبد الحى حجازي ١ ص ٢٧٣ .

(٣) الأستاذ عبد الحى حجازي ١ ص ٢٧٤ .

(٤) ورفع أحد الدائنين في دين غير قابل للانقسام استثناءً في المحاد يفيد سائر الدائنين ، فيستطيعون الانقسام إليه ولو بعد فوات مياد الاستئناف بالنسبة إليهم ، بل ولو بعد رضائهم بالحكم الابتدائي (بلائيول وريير وجابول ٧ فقرة ١١٠٣ — دي باج ٣ فقرة ٣٠٨ — كولان وكايتان ٢ فقرة ٤٣٥) .

القابلية للانقسام عند تعدد المدينين — يكون إما بالدعوى الشخصية أو بدعوى الحلول . وإذا كان عدم القابلية للانقسام يرجع إلى طبيعة المحل فإن الدين ينقسم حصصاً بين الدائنين لا في عينه بل في قيمته .

٢٢٨ — تعيين حصص كل دائن : وتبين حصص كل دائن وفقاً للقواعد التي أسلفناها في التضامن وفي عدم القابلية للانقسام عند تعدد المدينين . فالأصل هو تساوى الحصص بين الدائنين ، إلا إذا وجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك . وقد يكون أحد الدائنين هو صاحب المصلحة وحده في الدين ، ويكون الباقون وكلاء عنه في القبض . فعند ذلك يستقل هذا الدائن بكل الدين في علاقته بالدائنين الآخرين . فإن كان هو الذي استوفى الدين كله ، فلا يرجع عليه بشيء أحد من الدائنين الآخرين . وإن كان غيره هو الذي استوفى الدين ، رجع هو عليه بالدين كله دون أن يشاركه في الرجوع أحد من الدائنين الآخرين .

٢٩٩ — إعسار أحد الرائنين أو إعسار المدينين : وإذا استوفى أحد الدائنين الدين كله ، ثم أعسر إعساراً جزئياً ، فإن هذا الإعسار يتحملة باقي الدائنين ، كما هو الأمر في التضامن الإيجابي فيما مر . فإذا كان الدين أربعمائة بين أربعة من الدائنين بحصص متساوية ، واستوفاه أحدهم ثم أعسر بحيث لا يستطيع أن يؤدي إلا نصف ديونه ، فإن كلا من الدائنين الثلاثة الآخرين يرجع على المدين المعسر بنصف حصته أي بخمسين (١) .

وكذلك يكون الحكم لو أن المدين نفسه هو الذي أعسر ، ولم يتيسر لمن طالبه من الدائنين إلا أن يستوفى منه نصف الدين وهو مائتان ، فلا يكون لكل من الدائنين الثلاثة الآخرين أن يرجعوا على هذا الدائن إلا بنصف حصتهم أي بخمسين .

(١) ويدعى أن الإعسار إذا كان كلياً ، لم يستطيع الدائنون الآخرون الرجوع بشيء على المدين المعسر .

وهذا هو نفس الحكم الذى أوردناه فى التضامن الإيجابى (١).

• • •

مقابلة ما بين التضامن وعدم القابلية للانقسام

٢٣٠ - **الموافقات والمفارقات** : نوجز هنا ، بعد أن فرغنا من الكلام فى التضامن وعدم القابلية للانقسام ، وجوه الموافقات ووجوه المفارقات ما بين هذين النظامين .

٢٣١ - **وجوه الموافقات** : (١) فى كل من النظامين تجوز مطالبة الدائن لأى مدين بكل الدين ، أو مطالبة أى دائن للمدين بكل الدين . كذلك يجوز أن ينى أى مدين بكل الدين للدائن ، أو أن ينى المدين بالدين لأى دائن . (٢) فى كل من النظامين ، بعد الوفاء بالدين ، يرجع المدين الذى وفاه على باقى المدينين ، أو يرجع الدائنون الذين لم يستوفوا الدين على الدائن الذى استوفاه ، كل بقدر حصته فى الدين ، ويكون الرجوع فى جميع الأحوال بالدعوى الشخصية أو بدعوى الحلول . وتعين حصة كل على أساس التساوى ، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك ، أو ما لم يكن أحدهم هو وحده صاحب المصلحة فى الدين . وإذا أعسر أحد منهم ، تحمل كل من الباقين نصيبه فى حصة المعسر بنسبة حصته فى الدين .

٢٣٢ - **وجوه المفارقات** : (١) التضامن الإيجابى مصلره الاتفاق ، والتضامن السلبى مصلره الاتفاق أو القانون . أما عدم القابلية للانقسام فصمره طبيعة الخلل أو الاتفاق .

(٢) فى التضامن ، إذا انقضى الدين بسبب غير الوفاء ، فإن كلا من

المدينين الآخرين أو الدائنين الآخرين لا يستفيد أو يضار من انقضاء الدين إلا بقدر حصة المدين أو الدائن الذى قام به سبب الانقضاء . أما فى عدم القابلية للانقسام عند تعدد المدينين ، فإن كلا من المدينين الآخرين يستفيد من انقضاء الدين بمقدار الدين كله . وفى عدم القابلية للانقسام عند تعدد الدائنين ، لا يستفيد المدين من انقضاء الدين بالنسبة إلى أى من الدائنين الآخرين ، ولكنه يرجع على الدائن الذى يطالبه بوفاء الدين بما يعادل حصة الدائن الذى قام به سبب الانقضاء .

(٣) النيابة التبادلية فى التضامن قائمة فيما ينفع لا فيما يضر ، وهى غير قائمة أصلاً - لا فيما يضر ولا فيما ينفع - فى عدم القابلية للانقسام .

(٤) فى التضامن ينقسم الالتزام على الورثة ، ولا ينقسم فى عدم القابلية للانقسام .

(٥) فى التضامن ، إذا استحال الالتزام إلى تعويض قفدى ، بقى غير منقسم على المدينين المتضامنين أو على الدائنين المتضامنين . أما فى عدم القابلية للانقسام ، فإنه ينقسم على المدينين أو على الدائنين (١).

(١) وفى الفرقتين الأخيرتين تقول المذكرة الإيضاحية المشروع التمهيدى : وهما يكن من أمراً بين عدم القابلية للانقسام (السلبى) والتضامن (السلبى) من أوجه الشبه ، فثمة farkان يحتل فيهما اختلاف هذين الوضعين : (أ) فإحدى من ناحية أن عدم القابلية للانقسام قد تكون أقوى إلزاماً من التضامن ، باعتبار أن الالتزام الذى لا يقبل القسمة لا ينقسم بين ورثة المدين . ولهذا الملة يجرى المتعاملون على اشتراط التزام المدينين التزاماً تضامنياً غير قابل للانقسام ، اتقاء لتجزئة الدين بين الورثة فيما لو اقتصر الأمر على النص على التضامن فحسب . ولا يضر مثل هذا الفرض فى الشريعة الإسلامية ، لأن الدين لا ينتقل من طريق الميراث ، فيكون بهذه المثابة غير قابل للانقسام ، ويستأدى بجملة من التركة . (ب) وإحدى من ناحية أخرى أن عدم القابلية للانقسام قد تكون أضعف إلزاماً عند قيامها على طبيعة المثل ، فهى تظل قائمة ما دام هذا المثل حصياً على التجزئة بطبيعته ، ولكن إذا اتفق أن استحال الالتزام إلى تعويض مالى ، زالت عدم قابلية الانقسام وانقسم مبلغ التعويض . أما المدينون المتضامنون فيظل كل منهم ، على نفقته ذلك ، ملزماً قبل الدائن بالدين بأسره ، ولو استحال الدين إلى تعويض مالى ، (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٠٥) .

وتضيف المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى فرقاً غير الفروق المتقدمة فيما يأتى : « ويمثل اختلاف عدم القابلية للانقسام (الإيجابى) من التضامن (الإيجابى) فى هذا الفرض فى الفارقين اللذين تفتحت الإشارة إليهما : (أ) فلكل وارث من ورثة الدائن أن يطالب بالدين بأسره ، ويسرى هذا الحكم فى الشريعة الإسلامية حيث ينتقل الحق من طريق -

مقابلة ما بين الدين المشترك

وعدم القابلية للانقسام عند تعدد الدائنين

٢٣٣ - من حيث المصدر : يتفق الدين المشترك والالتزام غير القابل للانقسام في أن مصدر كل منهما هو الاتفاق أو طبيعة الأشياء . ولكن الاتفاق في الدين المشترك إنما يقع على وحدة الصفقة واشتراك الدين ، أما الاتفاق في الالتزام غير القابل للانقسام فيقع على عدم قابلية الدين للتجزئة لا على مجرد أن يكون ديناً مشتركاً بين الدائنين . وكذلك طبيعة الأشياء في الدين المشترك إنما ترجع إلى سبق الاشتراك في المال الذي نشأ عنه الدين ، ولا ترجع إلى عدم قابلية الدين للتجزئة ، فإن الدين المشترك على العكس من ذلك يكون في طبيعته قابلاً للتجزئة . أما طبيعة الأشياء في الالتزام غير القابل للانقسام ، فيرجع إلى عدم قابلية الالتزام في طبيعته للتجزئة .

٢٣٤ - من حيث الاستمرار في معرفة الدائنين بالمدين : في الدين المشترك لا يطالب أى من الدائنين المدين إلا بحصته في الدين . ولا تقوم بين الدائنين نيابة تبادلية .

أما في الالتزام غير القابل للانقسام ، فيجوز لأى من الدائنين أن يطالب المدين بكل الدين لأنه غير قابل للتجزئة ، وذلك ما لم يمانع الدائنون الآخرون فيجب عندئذ الوفاء لم مجتمعين أو لبداع الشيء محل الدين لذمتهم جميعاً . ولكن يستوى الدين المشترك مع الالتزام غير القابل للانقسام في عدم قيام نيابة تبادلية بين الدائنين .

٢٣٥ - من حيث الاستمرار في معرفة الدائنين بمفهوم بعضى : في الدين المشترك ، لكل دائن أن يرجع على من يقبض من الدائنين حصته في الدين

= الميراث . (ب) ويصبح الدين قابلاً للانقسام متى استحتمل إلى تعويض نفدى . ويراعى أنه عند تعدد المدينين والدائنين قد يتصور التضامن سلبياً أو إيجابياً ، أما عدم الانقسام الناشئ من طبيعة المحل فلا يتصور إلا من الناحيتين مآً » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٠٧) .

بنصيبه في هذه الحصة ، وله أن يترك الحصة لمن قبضها ويطالب المدين بحصته هو . فإن كان هذا معسرا ، تحمل جميع الدائنين إعساره كل بنسبة حصته في الدين .

أما في الالتزام غير القابل للتقسام ، فإن الدائن يستوفى كل الدين لعدم قابليته للتجزئة ، فيرجع عليه كل دائن آخر بحصته في الدين . فالرجوع في الالتزام غير القابل للتقسام يكون بالحصة ، أما في الدين المشترك في الحصة . ويستوى الدين المشترك مع الالتزام غير القابل للتقسام عند إعسار المدين ، ففي الحالتين يتحمل الدائنون جميعاً هذا الإعسار كل بنسبة حصته في الدين .

القِسْمُ الثَّانِي

انتقال الالتزام

(Transmission des Obligations)

تمهيد

١ - لمحة في التطور التاريخي لانتقال الالتزام

٢٣٦ - معنى انتقال الالتزام : يراد بانتقال الالتزام أن يتحول الالتزام ذاته - سواء نظر إليه باعتباره حقاً شخصياً من جهة الدائن أو نظر إليه باعتباره التزاماً من جهة المدين - من شخص إلى آخر : من دائن إلى دائن آخر باعتباره حقاً شخصياً ، أو من مدين إلى مدين آخر باعتباره التزاماً .

ويسمى تحويل الالتزام من دائن إلى دائن آخر بحالة الحق (cession de créance) ، وتحويله من مدين إلى مدين آخر بحالة الدين (cession de dette) . فانتقال الالتزام إذن هو حوالة من دائن إلى دائن أو من مدين إلى مدين .

وسواء كانت الحوالة حوالة حق أو حوالة دين ، فإن الذي ينتقل بالحوالة هو الالتزام ذاته بجميع مقوماته وخصائصه : صفاته وضمائنه ودفعه .

ينتقل الالتزام بجميع صفاته : فلو كان التزاماً تجارياً ، أو كان التزاماً قابلاً للتنفيذ بأن كان مستنداً إلى حكم قضائي أو إلى سند رسمي ، أو كان التزاماً تضامياً أو غير قابل للانقسام ، أو كان التزاماً ينتج للدائن فوائد ، أو نحو ذلك ، فإنه ينتقل إلى الدائن الآخر أو إلى المدين الآخر بهذه الصفات ذاتها .

وينتقل الالتزام بجميع ضماناته : فلو كان التزاماً مضموناً برهن رسمي ، أو بحق اختصاص ، أو برهن حيازة ، أو بحق امتياز ، أو بكفالة شخصية ، فإنه ينتقل إلى الدائن الآخر أو إلى المدين الآخر مع التأمين الذي يضمه . غير أن الكفالة - شخصية كانت أو عينية - لا تنتقل ، فيما يتعلق بحوالة الدين ، إلا برضاء الكفيل كما سنرى .

وينتقل الالتزام بجميع الدفوع التي ترد عليه : فلو كان المدين يستطيع أن يدفع الالتزام بسبب من أسباب البطلان ، كاتعدام الرضا أو عدم قيام المحل أو عدم مشروعية السبب أو عدم استيفاء الشكل الواجب أو نقص الأهلية

أو عيب من عيوب الإرادة من غلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال ، أو كان يستطيع أن يدفع الالتزام بسبب من أسباب الانقضاء كالوفاء أو التجديد أو المقاصة أو اتحاد اللمة أو الإبراء أو التقادم ، فإن هذا المدين يستطيع أن يتمسك بهذا الدفع قبل الدائن الجديد في حوالة الحق ، كما يستطيع المدين الجديد في حوالة الدين أن يتمسك بهذا الدفع قبل الدائن .

٢٢٧ - كيف يتصور انتقال الالتزام : وانتقال الالتزام على الوجه

المقدم لا يمكن تصوره إذا كانت الفكرة في الالتزام هي الفكرة القديمة ، أى إذا كان الالتزام هو رابطة شخصية ما بين دائن ومدين . فالرابطة ، بحكم أنها تربط ما بين شخصين بالذات ، لا يتصور أن تنقل عنهما أو عن أحد منهما دون أن تنجل . وقد كانت فكرة الرابطة الشخصية هي الفكرة السائدة في القانون الرومانى ، ثم سادت بعد ذلك عصوراً طويلة في القوانين اللاتينية ، فلم يكن يمكن معها تصور انتقال الالتزام ، لا من دائن إلى دائن آخر ، ولا من مدين إلى مدين آخر .

على أن استعصاء الالتزام على الانتقال لم يثبت في هذه القوانين القديمة إلا في انتقاله فيما بين الأحياء (entre vifs) . أما انتقال الالتزام إلى الوارث بسبب الموت (mortis causa) ، فإن هذه القوانين لم تلبث أن استساغته منذ عهد طويل .

٢٣٨ - انتقال الالتزام بسبب الموت : قلنا إن القوانين ، حتى

القديمة منها ، استساغت انتقال الالتزام بسبب الموت منذ زمن بعيد . فينتقل الالتزام من الدائن عند موته إلى ورثته من بعده ، ويصبح هؤلاء هم الدائنون مكانه . وكذلك ينتقل الالتزام من المدين عند موته إلى ورثته من بعده ، ويصبح هؤلاء هم المدينون مكانه . والذي ساعد على هذا التصور أن تركة المورث تنتقل كجموع من المال (universalité) إلى الورثة ، فيشتمل هذا المجموع من المال على الالتزامات حقوقاً وديوناً . وتعتبر شخصية الوارث إنما هي استمرار لشخصية المورث ، فكان الالتزام لم ينتقل إلى شخص جديد بموت صاحبه ، بل بقى عند صاحبه ممثلاً في شخص الوارث .

هكذا كان تصور القانون الروماني، وما زال هذا هو تصور الشرائع الغربية. والشريعة الإسلامية نفسها تنقل الالتزام باعتباره حقاً من المورث إلى الوارث ، أما الالتزام باعتباره ديناً فلا تنقله من المورث إلى الوارث ، بل يقيه في تركة المورث حتى تفي به التركة ، ثم تنقل التركة بعد سداد الديون إلى الورثة بما تشتمل عليه من أعيان وحقوق .

ومهما يكن من أمر انتقال الالتزام بسبب الموت ، فإن هناك حدوداً تقيد من هذا الانتقال ، أو تحور من الالتزام بعد انتقاله . فهناك التزام يتصل بشخص طرفيه اتصالاً وثيقاً بحيث لا يمكن انزاعه عنهما ، فلا ينتقل هذا الالتزام بل ينقضي بموت الدائن أو بموت المدين . من ذلك التزامات الموكل والتزامات الوكيل والتزامات الشركاء في شركات الأشخاص ، فإن كلا من عقد الوكالة وعقد شركة الأشخاص يقوم على اعتبارات شخصية ، بحيث أن العقد بوجه عام ينقضي بموت أحد المتعاقدين ، فلا ينتقل الالتزام - حقاً كان أو ديناً - من المورث إلى الوارث . كذلك قد يتم انتقال الالتزام من المورث إلى الوارث ، ولكن الانتقال يحور من الالتزام . وقد يسدو أن الالتزام يتحور في الشرائع الغربية إذا هو انتقل من المدين إلى وارثه ، وقبل الوارث الميراث محضاً بحق التجريد (bénéfice d'inventaire) ، فيفصل أموال التركة عن أمواله الشخصية ، ولا يكون مسئولاً عن ديون التركة إلا في المال الذي ورثه . فيصبح الالتزام ، بعد أن انتقل إلى الوارث ، لا يمكن التنفيذ به إلا على أموال التركة التي انتقلت إلى هذا الوارث . ولكن هذا التحوير ليس تحويراً حقيقياً ، فالواقع من الأمر أن الالتزام بقي - من ناحية المال الذي يجوز التنفيذ عليه - كما كان في حياة المورث ، فقد كان عندئذ لا يمكن التنفيذ به إلا على ماله ، فبقى كما كان (١) . والتحوير الحقيقي في الالتزام ، وإن لم يكن تحويراً في أساسه ، يقع إذا تعددت الورثة . فإن الالتزام ، حقاً كان أو ديناً ، ينقسم على الورثة كل بنسبة حصته

(١) وفي الشريعة الإسلامية يبقى الالتزام ، باعتباره ديناً ، في التركة حتى يؤدي من أموالها . فإلا يتم في الشرائع الغربية إلا عن طريق الاحتفاظ بحق التجريد هو الأصل الذي يعمل به في الشريعة الإسلامية .

في التركة (١) ، وهذا ما لم يكن الالتزام في أصله غير قابل للانقسام (٢) كما سبق القول .

٢٣٩ - انتقال الالتزام ما بين الأحياء : أما انتقال الالتزام بالمعنى

الذى أسلفناه ، أى انتقال الالتزام ذاته بمقوماته وخصائصه ، ما بين الأحياء ، فلم يكن معروفاً في القانون الروماني ، إذ كانت الفكرة التي تصور الالتزام رابطة شخصية تقوم حائلاً دون ذلك كما قدمنا . وإذا كان قد أمكن ، في انتقال الالتزام بسبب الموت ، جعل الوارث خلفاً عاماً للمورث وتصوير هذه الخلافة العامة كأنها استمرار لشخصية المورث ، ففي انتقال الالتزام ما بين الأحياء حيث الخلافة خاصة ، لا يمكن تصوير هذه الخلافة الخاصة حال الحياة ، كما أمكن تصوير الخلافة العامة بعد الموت ، استمراراً لشخصية السلف . ذلك أنه إذا أمكن القول بأن المورث ، وقد زالت شخصيته بالموت ، يتصور استمرارها في شخص الوارث ، فإنه يتعلم القول بأن السلف ، وهو لا يزال حياً ، تستمر شخصيته في شخص خلفه الخاص (٣) .

من أجل ذلك لم يكن ممكناً أن ينتقل الالتزام حال الحياة ، في القانون الروماني ، من دائن إلى دائن آخر ، أو من مدين إلى مدين آخر ، عن طريق حوالة الحق ، أو عن طريق حوالة الدين . ولم يكن ممكناً ، إذا أريد تغيير

(١) انظر في كل ذلك بلانويل وريبير ودموان ٧ فقرة ١١٠٦ - دى باج ٣ فقرة ٣٧٤ .
 (٢) أما في الشريعة الإسلامية فقد رأينا أن الالتزام ينقسم إذا انتقل كحق إلى ورثة الدائن ، ويبقى في التركة غير منقسم إذا كان ديناً مات عنه المورث .
 (٣) ويقول كولان وكايتان إن انتقال الالتزام ما بين الأحياء كان أبسطاً ظهوراً في التاريخ من انتقاله بسبب الموت . وكذلك كان انتقال الحق الشخصي متأخراً في الظهور عن انتقال الحق المئني ، وبخاصة حق الملكية . ذلك أن صاحب حق الملكية إذا أراد تحويل حقه إلى نفوذ فإمّا يفعل ذلك غالباً عن طريق بيعه ، أى عن طريق انتقال الحق المئني . أما الدائن في الالتزام فيحول حقه إلى نفوذ عادة عن طريق استيفائه ، أى عن طريق انقضاء الحق الشخصي . ويتروتب على ذلك نتيجتان : (أولاهما) أن انتقال حق الملكية ظهر مبكراً في التاريخ ، ولم يظهر انتقال الحق الشخصي إلا متأخراً كثيراً عن ذلك . (والثانية) أن نظرية انقضاء الالتزام بلغت قدراً كبيراً من الأهمية ، بخلاف نظرية انقضاء الحق المئني فليست لها أهمية تذكر (كولان وكايتان ٢ فقرة ٦٢٢ ص ٤٢٥) .

شخص الدائن، إلا تجديد الالتزام بتغيير الدائن، أو أريد تغيير شخص المدين، إلا تجديد الالتزام بتغيير المدين. وفي الحالتين، لم يكن الالتزام ذاته، بمقوماته وخصائصه، هو الذى ينقل من شخص إلى شخص آخر. بل كان الالتزام الأصيل ينقضى بالتجديد، وينشأ مكانه التزام جديد بمقومات وخصائص غير المقومات والخصائص التى كانت للالتزام الأصيل، وفي هذا الالتزام الجديد كان يتغير شخص الدائن أو يتغير شخص المدين. على أن الرومان كانوا يلجأون إلى طريقة أخرى لتحويل الالتزام من دائن إلى دائن آخر، دون تدخل من المدين. فكان الدائن الأصيل يوكل من يريد تحويل الالتزام إليه في قبض الدين باسمه من المدين، وكان هذا التوكيل (*Procuratio in rem suam*) وسيلة يستطيع بها الوكيل أن يقبض الدين من المدين دون حاجة إلى رضائه بتحويل الدين. ولكن هذه الطريقة لم تكن مأمونة، فان الدائن الأصيل كان يستطيع أن يعزل الوكيل قبل أن يقبض الدين (١).

وبقي القانون الرومانى على هذه الحال، دون أن يعرف لاحواله الحق ولا حواله الدين. وبقيت الحواله مجهولة مدة طويلة في القانون الفرنسى القديم، يتحايلون عليها عن طريق التوكيل بقبض الدين الذى كان القانون الرومانى يلجأ إليه، حتى أصبح هذا الطريق مألوفاً. ومنه دخلت حواله الحق في القانون الفرنسى القديم، وأصبح مسلماً في هذا القانون إنه يجوز للدائن أن يحول حقه إلى دائن آخر دون حاجة إلى الحصول على رضاء المدين بالحواله، على غرار التوكيل بالقبض الذى أصبح مفترضاً دون نص، وهذا بالرغم من أن التحليل

(١) دى باج ٣ فقرة ٣٧٥ ص ٣٤٠ — كولان وكابيتان ٢ فقرة ١٢٢ ص ٤٢٥. ويقول دى باج إن فكرة الالتزام في القانون الرومانى القديم هى التى تفسر استحالة انتقال الالتزام. فالالتزام في هذا القانون لا ينتقل إلا بموجب أشكال وأوضاع معينة يقوم بها كل من المدين والدائن، ومن شأن الالتزام أن يضع المدين تحت سلطة الدائن إلى حد بعيد. فكيف يمكن أن ينتقل الالتزام من دائن إلى دائن، ومن مدين إلى مدين، إلا بعد الالتجاء من جديد إلى هذه الأشكال والأوضاع، وعندئذ تتصل عقدة الالتزام الأصيل ويحل محله التزام جديد، وليست هذه بالحواله وإنما هو التجديد (دى باج ٣ فقرة ٣٧٥ ص ٣٤٠).

(م ٢٧ — الوسيط)

القانونى الدقيق — أو كما يقول بوتييه : *selon la subtilité du droit* : (١) — يستعصى على أن ينتقل الالتزام وهو رابطة شخصية من دائن إلى دائن آخر (٢). وساعد على إمكان انتقال الالتزام من دائن إلى دائن آخر أن فكرة الالتزام باعتباره رابطة شخصية أخذت تتطور ، وأخذ العنصر المادى فى الالتزام يبرز شيئاً فشيئاً . فأصبح من السهل أن نتصور أن الالتزام ، باعتباره قيمة مالية لا باعتباره رابطة شخصية ، وبالنسبة إلى موضوعه لا بالنسبة إلى أطرافه ، ينتقل من دائن إلى دائن آخر .

ولكن التطور فى القوانين اللاتينية وقف عند هذا الحد . ولم يصل القانون الفرنسى حتى اليوم إلى تنظيم حوالة الدين ، أى انتقال الالتزام من مدين إلى مدين آخر ، وليس هناك من سبيل إلى تغيير المدين فى الالتزام إلا عن طريق التجديد أو الإنابة فى الوفاء . ذلك أن شخصية المدين فى الالتزام أكبر خطراً من شخصية الدائن ، فعلى شخصية المدين ومقدار يساره وحسن استعداده للوفاء بدينه تتوقف قيمة الدين . فلم يكن من السهل التسليم بتحويل الالتزام من مدين إلى مدين آخر دون أن يكون الدائن طرفاً فى هذا التحويل عن طريق التجديد ، لأن الدائن يأتى أن يتغير عليه المدين دون رضائه ، ويعنيه من تغيير مدينه ما لا يعنى المدين من تغيير دائنه (٣) . فبقيت القوانين اللاتينية عند هذه المرحلة من التطور لم تستكمل إلى غايته (٤) ، وذلك مع استثناء التقنين المدنى الإيطالى الجديد فقد أقر حوالة الدين عند الكلام فى الإنابة فى الوفاء (انظر المادة ١٢٧٣ من هذا التقنين) .

(١) بوتييه فى البيع فقرة ٥٥١ .

(٢) بودى وبارد ٣ فقرة ١٧٦٣ ص ٨١ — ص ٨٣ — دى باج ٣ فقرة ٣٧٥ ص ٣٤٠ .

(٣) وإن كان المدين يعنيه هو أيضاً تغيير دائنه ، فن الدائنين من هو أرحب جانباً وأيسر معاملة وأقل تشدداً . ولكن الاجبارات التى تقتزن بتغير الدائن أقل أهمية من تلك التى تقتزن بتغير المدين .

(٤) انظر فى الاعتراضات التى توجه إلى إقرار حوالة الدين والرد عليها الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ٢٦٨ — ص ٢٧١ — وسنرى عند الكلام فى حوالة الدين كيف وقف تطور هذه الحوالة فى القانون الفرنسى .

أما التقنيات الجبرمانية فقد سارت في التطور إلى نهاية الطريق. ومادامت فكرة الالتزام قد تطورت فأصبح الالتزام قيمة مادية أكثر منه رابطة شخصية (١)، ومادام قد أمكن تصور انتقال الالتزام من دائن إلى دائن آخر ، فما الذي يحول دون التسليم بانتقاله من مدين إلى مدين آخر ! ومن ثم يعرف كل من التقنين المدني الألماني (م ١٤١٤ - ١٤١٩) وتقنين الالتزامات السويسري (م ١٧٥ - ١٨٣) ، إلى جانب حوالة الحق ، حوالة الدين (Schuldübernahme) (٢).

وقد تابع التقنين المدني المصري الجديد - - ومعه التقنينات المدنية العربية الأخرى (٣) - - هذا التطور . وبعد أن كان التقنين المدني السابق لا يعرف ، على غرار التقنين المدني الفرنسي ، إلا حوالة الحق ، أصبح التقنين المدني الجديد يعرف حوالة الحق وحوالة الدين وقد خصص لها - تحت عنوان انتقال الالتزام - الباب الرابع من الكتاب الأول في نظرية الالتزام (٤) .

(١) ويستجيب ذلك أن تنتقل هذه القيمة المادية من دائن إلى دائن دون رضاه المدين ، ومن مدين إلى مدين دون رضاه الدائن (دى باج ٣ فقرة ٣٧٦ ص ٢٤١ - من ص ٢٤٢) .
(٢) وسنرى عند الكلام في حوالة الدين كيف نشأت هذه الحوالة في البلاد الجبرمانية وكيف استكلت تطورها .

(٣) ويعرض تقنين الموجبات والمقود البناني لانتقال الالتزام بوجه عام ، سواء بين الأحياء أو بسبب الموت ، وسواء انتقل الحق أو انتقل الدين ، فتنص المادة ٢٧٩ من هذا التقنين على ما يأتي : « تنتقل الموجبات بالوفاة أو بين الأحياء ، ما لم يكن ثمة استعانة ناشئة من نص قانوني أو من كون الموجب شخصياً محضاً وموضوعاً بالنظر إلى شخص المأقود - ويخضع الانتقال بسبب الوفاة لقواعد الإرث بوصية أو بغير وصية - أما الانتقال بين الأحياء فنخاضع للقواعد الآتية الموضوعة مع التمييز بين انتقال الموجبات منظوراً إليها من الوجهة الإيجابية (انتقال دين الدائن) وانتقال الموجبات منظوراً إليها من الوجهة السلبية (انتقال دين المدين) » .

(٤) ويلعب الأستاذ شفيق شحاته إلى أن الالتزام لا ينتقل ، في الواقع من الأمر ، من دائن إلى دائن أو من مدين إلى مدين ، بل الدائن أو المدين يختلف شخصاً آخر - دائماً أو مديناً - على الالتزام . فهو يميز ، من ناحية التعبير ، ما بين انتقال الالتزام والاستخلاف عليه ، فق الحالة الأولى ينتقل الالتزام إلى شخص جديد ، أما في الحالة الثانية فلا ينتقل الالتزام بل يستخلف شخص عليه شخصاً آخر . ويقول في هذا المعنى ما يأتي : « والواقع أن الذي وصلت إليه التشريعات الحديثة بعد تطور طويل هو إباحة الاستخلاف ما بين الأحياء في الحق الواحد ، كما يحدث تماماً عند وفاة الشخص بالنسبة إلى مجموعة حقوقه . فالدائن الجديد يخلف الدائن القديم ، وكذلك المدين الجديد يخلف المدين القديم ، في الحق الشخصي . فلا ينشأ حق جديد ، ولا ينتقل الحق القديم إلى شخص جديد ، بل إن شخصاً يحل محل آخر في نفس الحق ، من -

٢٤٠ - انتقال الالتزام في الفقه الإسلامي: ويجدر بنا أن ننظر،

بعد هذه العجالة التاريخية، ماذا كان موقف الفقه الإسلامي من انتقال الالتزام، وما مدى التطور الذي بلغه في هذه المسألة (١).

يعرف الفقه الإسلامي الحوالة، ومن أهم المميزات له في تنظيمها هو التفريق بين الحوالة المقيدة والحوالة المطلقة (٢). يوجد في كل من الحوالتين دائن ومدين ثم أجنبي محال عليه، وهذا الأجنبي المحال عليه هو الذي يتركز فيه التفريق بين الحوالة المقيدة والحوالة المطلقة.

فإن كان هذا الأجنبي مديناً للمدين أو كان في يده له ودیعة أو عين مغبوبة،

= طريق ما يسمى عطلاً في القوانين الوضعية بالحوالة (الأستاذ شفيق شعاعه : حوالة الحق في قوانين البلاد العربية ص ٧) . وقد يقتضي المطلق كل هذه الدقة ، فلا يقال إن الالتزام انتقل من شخص قديم إلى شخص جديد ، بل إن شخصاً قديماً استخلف عليه شخصاً جديداً . ويوازن سالي بين البارتين ، فيرى العبارة الثانية أدق ، إذ يقول : « إن استبدال شخص بآخر ، فيما يتعلق بالالتزام ، هو الذي يمدل انتقال الالتزام . ولكن لفظ الاستخلاف أدق من لفظ الانتقال . فإدام الالتزام لصيقاً بالشخص ، فنقله لا يبنى إلا أن شخصاً جديداً أصبح هو صاحب الالتزام وخلف عليه من نقله . بل إن يقال إن شخصاً خلف شخصاً آخر فيما يتعلق بهذا الحق ، استخلف على حق الغير ، بل أن يقال إن شخصاً خلف الشخص الأول على هذا الالتزام . فالانتقال هنا المقصود دائماً أن هذا الشخص الآخر قد خلف الشخص الأول على هذا الالتزام . فالانتقال هنا معناه الاستخلاف ، واستعمال لفظ الانتقال أيسر من الناحية العلمية . على أن الأستاذ شفيق شعاعه أجاز في مكان آخر أن يقال « إن الحق وقد كان على الشيء انتقل إلى شخص آخر وبقي عمله نفس هذا الشيء » (النظرية العامة للحق المبنى ص ١١٤ وص ١١٥ وهامش رقم ١ في ص ١١٥) . ويعترض الأساتذة بلانيول وريبير وبولانجي على التمسك بهذا التقدير من الدقة ، ويذهبون إلى أن الحق ، وبخاصة حق الملكية والحق الشخصي من ناحيته الإيجابية ، ينتقل فعلاً من شخص إلى آخر (بلانيول وريبير وبولانجي ١ فقرة ٢٨٥٩) .

(١) انظر في هذا الموضوع الدكتور صبحي المصصافي : انتقال الالتزام في القانون المدني اللبناني — النظرية العامة للموجبات والمقود في الشريعة الإسلامية ٢ ص ٣٤١ — ص ٣٥٦ .

(٢) هذا التفريق بين الحوالة المقيدة والحوالة المطلقة المذكور في نصوص المذهب الحنفي دون نصوص المذاهب الأخرى . ولكنه تفريق جوهري يفهم الحوالة في الفقه الإسلامي في المذاهب جميعاً لا في المذهب الحنفي وحده ، كما ستري .

وأراد المدين عن طريق الحوالة الوفاء بالدين الذى فى ذمته للدائن بالحق الذى له فى ذمة الأجنبى ، فهذه هى الحوالة المقيدة (١) . وهى أقرب إلى أن تكون طريقاً من طرق الوفاء بالدين من أن تكون حوالة بالمعنى الدقيق . وتقرها المذاهب جميعاً ، على خلاف بينها فى الصياغة القانونية سندكره فيما يلى :

أما إن كان الأجنبى غير مدين للمدين ، أو كان مديناً ولكن لم تقيد الحوالة بهذا الدين فى المذهب الحنفى ، فهذه هى الحوالة المطلقة . ويمكن فى الحوالة المطلقة . أن نتصور أن المدين يريد أن يحيل دينه على الأجنبى ، وهذه هى حوالة الدين بالمعنى الدقيق ، ولا يسلم بها الفقه الإسلامى خلافاً لما يقال عادة . وهى عنده أقرب إلى أن تكون كفالة أو تجديداً ، من أن تكون حوالة للدين . وقد قدمنا أن الكفالة فى الفقه الإسلامى هى الأصل فى التضامن ، والآن نراها الأصل أيضاً فى الحوالة . ويمكن كذلك فى الحوالة المطلقة أن نتصور أن الدائن هو الذى يريد أن يحيل حقه للأجنبى ، وهذه هى حوالة الحق بالمعنى الدقيق . وحوالة الحق أيضاً لا يسلم بها الفقه الإسلامى بوجه عام ، خلافاً لما يقال عادة . ذلك أن الحنفية والشافعية والحنابلة لا يسلمون بهذه الحوالة ، أما المالكية فيسلمون بها فى حدود معينة .

وقبل أن نفصل ما أجهلناه ، يحسن أن نشير إلى خطأ بن شاذان يفسيان إلى الفقه الإسلامى فى خصوص الحوالة : (أولاً) ما يرد ذكره عادة فى الفقه والقضاء فى مصر على أنه حوالة الحق فى الفقه الإسلامى إنما هو حوالة الدين لا حوالة الحق . (ثانياً) ليس صحيحاً أن الفقه الإسلامى عرف حوالة الدين ولم يعرف حوالة الحق ، وإلا كان هذا بدعاً فى تطور القانون . فمن غير الطبيعى أن يعرف نظام قانونى حوالة الدين قبل أن يعرف حوالة الحق ، كما أنه من غير الطبيعى أن يسلم نظام قانونى بانتقال الدين بين الأحياء وهو لم يعترف بانتقاله بسبب الموت . فالفقه الإسلامى كان فى تطوره طبيعياً كسائر النظم القانونية :

(١) وفى المذهب الحنفى لا تكون الحوالة مقيدة إلا إذا قيد المدين الحوالة بالدين الذى له فى ذمة المدين عليه ، فإذا كان للمدين دين فى ذمة المدين عليه ولم يقيد به الحوالة ، فإن الحوالة تكون مطلقة بالرغم من مديونية المدين عليه للمدين .

لم يعرف حوالة الدين ، لا بسبب الموت إذ الدين لا ينتقل إلى الورثة بل يبقى في التركة حتى تقوم بسداده ، ولا بين الأحياء إلا في صورة من صور الكفالة أو التجديد . وعرف حوالة الحق ، بسبب الموت حوالة كاملة إذ الحقوق الشخصية التي للتركة تنتقل إلى الورثة ، وبين الأحياء بقيود معينة وفي مذهب واحد هو المذهب المالكي (١) .

والآن ننقل إلى تفصيل ما أجملناه ، في غير إطالة إذ لا يتسع المقام هنا للإسهاب . وتناول حوالة الدين وهي المعنية بلفظ « الحوالة » في الفقه الإسلامي فإذا ذكرت الحوالة قصد بها حوالة الدين دون غيرها ، ثم حوالة الحق ولا يعرف الفقه الإسلامي هذا التعبير ويسمى حوالة الحق بيع الدين أو هبة الدين .

حوالة الدين : يختلف ، في حوالة الدين ، المذهب الحنفي عن المذاهب الثلاثة الأخرى . عل أن التمييز بين الحوالة المطلقة والحوالة المقيدة ، وإن كان غير منصوح عليه إلا في فقه المذهب الحنفي ، لا يقل أهمية في المذاهب الثلاثة الأخرى عنه في المذهب الحنفي ، بل لعله يزيد كما سنرى .

١ - ونبدأ بالمذهب الحنفي : ففي هذا المذهب تم الحوالة المطلقة برضاء الأطراف الثلاثة ، الدائن والمدين والمحال عليه . ويجوز أن تم برضاء الدائن والمحال عليه دون المدين (٢) ، ولكن لا يرجع المحال عليه في هذه الحالة على المدين ، إذا دفع الدين للدائن ، إلا إذا كانت الحوالة بأمر المدين . أما الحوالة المقيدة فلا بد فيها من رضاء الأطراف الثلاثة . وسواء كانت الحوالة مطلقة أو مقيدة ،

(١) قارن الدكتور حسن اللنون ، وهو يقول : « والفريضة الإسلامية أقرت حوالة الدين دون حوالة الحق حل رأى معظم الفقهاء » (أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ٢١٨ ص ٢٠٧) .

(٢) أما إذا اتفق المدين مع المحال عليه حل الحوالة ، فإن هذا لا يكفي ، بل لا بد أيضاً من قبول الدائن ، ولا تنقذ الحوالة إلا من وقت هذا القبول دون أثر رجعي . ويشترط أيضاً لانقضاء الحوالة بلوغ المحال عليه ، لأنه يصبر في مقام التبرع . أما المدين والدائن فيمكن فيهما التمييز لانقضاء الحوالة ، ويشترط لغاؤها الإجازة ، فإذا كان المميز هو الدائن اشترط في الإجازة أن يكون المحال عليه أكثر ملاءة من المدين .

ويعتمد المذهب الحنفي — ومنه سائر المذاهب — في مشروعية الحوالة حل حديث عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : مطل الفنى ظلم ، وإذا اتبع أحدكم حل مله فليتبج .

فإن الدائن يرجع على المحال عليه بالدين . فهل انتقل الدين إلى ذمة المحال عليه بالحوالة ؟ هنا تتضارب الآراء في المذهب الحنفى . فعند أبى حنيفة وأبى يوسف ، ينتقل الدين من ذمة المدين إلى ذمة المحال عليه ، فلو أبرأ الدائن المحال عليه من الدين صح ذلك ولو أبرأ المدين لا يصح ، ولكن الدين يعود إلى ذمة المدين إذا توى عند المحال عليه . وعند محمد ، تنتقل المطالبة وحلها دون الدين من المدين إلى المحال عليه ، ويبقى الدين دون المطالبة في ذمة المدين . فلو أراد هذا أن يقضيه للدائن ، لا يكون متبرعاً ، لأنه لا يزال مدينأ ، ويجبر الدائن على الاستيفاء . ولو أبرأ الدائن المحال عليه ، لا يرتد الإبراء بالرد ، لأن الدائن إنما أسقط المطالبة لا الدين ، ولا يرجع المحال عليه على المدين ولو كانت الحوالة بأمره ، لأن الدائن لم يبرئ المحال عليه من الدين بل من مجرد المطالبة . وإذا توى الدين عند المحال عليه ، عادت المطالبة إلى المدين واجتمعت عنده مع الدين فيرجع عليه الدائن بالدين نفسه ، ولو كان الدين قد انتقل إلى المحال عليه لما كان للدائن الرجوع بنفس الدين وإنما كان يرجع بالضمان . وعند زفر ، لا ينتقل الدين ولا المطالبة إلى ذمة المحال عليه ، بل تظم ذمة المحال عليه إلى ذمة المدين في المطالبة ، فيكون المحال عليه كفيلاً للمدين .

ثم إن الدائن إذا طالب المحال عليه بالوفاء ، وجب هنا أن يميز بين الحوالة المطلقة والحوالة المقيدة . ففي الحوالة المطلقة ، إذا دفع المحال عليه الدين للدائن ، فإنه لا يرجع على المدين إلا إذا كانت الحوالة بأمره كما قلنا ، ويرجع بالدين نفسه لا بما أدى . وهذا يدل إما على أن الدين لا يزال باقياً في ذمة المدين كما يقول محمد ، فيرجع المحال عليه به . وإما على أن الدين قد انتقل مع المطالبة إلى المحال عليه كما يقول أبو حنيفة وأبو يوسف ، فأداه المحال عليه وحل محل الدائن فيه ، فيرجع به على المدين . وإما على أن الدين والمطالبة لم ينتقلا عن المدين كما يقول زفر ، ولهذا يرجع المحال عليه بنفس الدين ، كما يرجع الكفيل في الكفالة بما كفل لا بما أدى . أما إذا توى الدين عند المحال عليه — بأن مات هذا مفلساً أو أغلس وهو حي أو جحد الحوالة ولم تكن هناك يئنة — فإن الدائن يرجع على المدين بنفس الدين (١) كما سبق القول . وفي الحوالة المقيدة ينحصر

(١) ويرجع بنفس الدين لا بالضمان ، وسنرى أن هذا يمكن حمله على أن الحوالة تلغ إذا

الحق الذى للمدين فى ذمة المحال عليه لوفاء الدين المحال به (١) ، دون أن ينتقل هذا الحق للدائن ، بل دون أن يكون رهناً عنده لسببين : (١) إذا أفلس المدين قبل أن يؤدي المحال عليه الدين للدائن ، فليس الدائن أحق من سائر غرماء المدين بالدين الذى خصص له وقيلت به الحوالة . وعند زفر الدائن أحق من سائر الغرماء ، لأن الدين صار له بالحوالة رهناً (٢) . (٣) ولو توى هذا الدين

= توى الدين . ولكن قد يؤخذ هذا دليلاً على صحة قول محمد من أن الدين لا ينتقل بالحوالة ، بل يبقى فى ذمة المدين ، وتعود المطالبة بالتوى فتجتمع مع الدين ، ومن ثم يرجع الدائن بنفس الدين على المدين ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

(١) وتصوص المذهب الحنفى لا تشترط التساوى ما بين الدين المحال به والدين المحال عليه ، أما تصوص المذاهب الثلاثة الأخرى فتصرح بوجوب هذا التساوى كما سرى .
وفى الحوالة المتقدمة فى الفقه الحنفى يخصص الدين المحال عليه لوفاء بالدين المحال به كما يخصص مقابل الوفاء (provision) للتعويض الكيىالة . وقد عرف الفقه الإسلامى الكيىالة فعلاً ، وسماها « السلفة » ، وبني أحكامها على أسس الحوالة .

(٢) وقد أعلت « المجلة » بقول زفر فى هذه المسألة ، إذ نصت المادة ٦٩٢ منها على ما يأتى :
« ينقطع حق مطالبة المحيل بالمحال به فى الحوالة المتقدمة ، وليس للمحال عليه أن يعطى المحال به للمحيل . فإن أسماه ضمن ، وبعد الضمان يرجع على المحيل . ولو توى المحيل قبل الأداء وكانت ديونه أزيد من تركته ، فليس لسائر الغرماء حق فى المحال به » . ويقول الأستاذ سليم باز تعليقاً على هذا النص ما يأتى : « التعبير بالمحال به . . . غير مصيب ، إذ المقصود هنا ما فى يد المحال عليه أو فى ذمته من العين والدين كما هو ظاهر . أما أن المحال له أحق من سائر الغرماء فى ذلك ، فلم يظهر لى وجهه ، مع أن عامة كتب المذهب قد صرحت بأن المحال له أسوة للغرماء ، لأن العين أتى للمحيل فى يد المحال عليه والدين الذى له فى ذمته لم يصر علوكاً للمحال بمقد الحوالة ، لا يدا وهو ظاهر ، ولا رقة لأن الحوالة ما وضعت للتسليم بل للتقل ، فيكون بين الغرماء بالأسوة . أما المرتين فك المرحون يدا وحسب ، فيثبت له نوع اختصاص بالمرحون شرها لم يثبت لغيره ، فلا يكون لغيره أن يشاركه فيه (دور) . أما لو كانت الحوالة مطلقة ، فالحال أسوة للغرماء عند الكل (رد محار) . والظاهر أن جمعية المجلة لم تحالفهم إلا فى الحوالة المتقدمة فقط ، ولعلها أعلت بقول زفر ، فإن المحتال عنده أحق من سائر الغرماء ، لأن الدين صار له بالحوالة كالمرتين بالمرن بعد موت الرامن (مجمع الأنهر) » (شرح المجلة للأستاذ سليم باز م ٦٩٢ ص ٣٧٩) .
ولو أعلنا برلى زفر ، يكون للدين المحال عليه رهناً فى الدين المحال به كما رأينا ، فلا تنتقل ملكية الدين المحال عليه إلى الدائن كما تنتقل فى حوالة الحق بالمعنى المفهوم فى القوانين النربية . ومن ثم لا تكون الحوالة فى رأى زفر ، حق بالنسبة إلى الدين المحال عليه ، حوالة حق (انظر الأستاذ مصطفى الزرقا فى الحقوق المدنية جزء ٢ ص ٣٠ فى الحامش — الأستاذ أميل تيان فى مقال له بمجلة كلية الحقوق ببيروت فى حوالة الدين وحوالة الحق فى الفقه الإسلامى علما وصلنا - وقارن الأستاذ شفيق شحاته فى حوالة الحق فى قوانين البلاد العربية ص ٥٨ هامش رقم ٣) .

عند المحال عليه (١) ، توى على المدين لا على الدائن ، ولا يسقط في مقابلته شيء من الدين المحال به (٢) . وهذان السببان يبينان أن الدين الذى تقيدت به الحوالة لا ينتقل إلى الدائن ولا يكون رهناً عنده .

هذه هى جملة أحكام حوالة الدين - المطلقة والمقيدة - فى المذهب الحنفى ، أوجزناها متوخين إبراز المقومات الرئيسية لهذه الحوالة فى هذا المذهب . ويبنى أن نضيف إلى ما قدمناه أن التأمينات التى كانت تكفل الدين المحال به وهو فى ذمة المدين قبل الحوالة تنقضى بالحوالة عند أبى حنيفة وأبى يوسف ، ولا تنتقل لتكفل الدين فى ذمة المحال عليه (٣) . وننظر بعد ذلك فى تأصيل حوالة الدين فى

(١) أو لم يستوف الدائن الدين لأى سبب آخر ، كأن كان ثمن مبيع فاستحق أو كان وديعة فهلكت . ولكن الحوالة تبطل فى هذه الحالة ، لأن الدين الذى قيدت به يعتبر سبباً لها ، وقد انعدم فالقدمت .

(٢) ولو كان الدين الذى قيدت به الحوالة رهناً عند الدائن ، وتوى عند المحال عليه ، لسقط الدين المحال به بقدر ما توى من الرهن ، لأن المرهون إذا هلك سقط من الدين ما يقابله .

(٣) أما عند محمد فتبقى التأمينات على حالها لتكفل الدين الباقى فى ذمة المدين ، وقد قلنا أن الحوالة عند محمد لا تنتقل الدين وإنما تنقل المطالبة وحدها . جاء فى فتح القدير : « فمضى أبى يوسف ينتقل الدين والمطالبة ، وعند محمد تنتقل المطالبة لا الدين . قال وفائدة هذا الخلاف تظهر فى سائلتين : إحداهما أن الراهن إذا أحال المرتهن بالدين ، فله أن يسترد الرهن عند أبى يوسف كما لو أبرأه عنه ، وعند محمد لا يسترده كما لو أجل الدين بحد الرهن ... » (فتح القدير جزء ٥ ص ٤٤٦) . وجاء فى البحر الرائق : « لو أحال المشتري البائع بالثمن على رجل ، لم يهلك (البائع) حبس المبيع . وكلما لو أحال الراهن المرتهن ، لا يحبس (المرتهن) الرهن . ولو أحال الزوج المرأة بصدقتها ، لم يحبس نفسها » (البحر الرائق ٦ ص ٢٦٨ وما بعدها) . وجاء فى الزيلعى : « ثم اختلفوا فى البراءة ، فقال أبو يوسف يبرأ عن الدين والمطالبة ، وقال محمد يبرأ عن المطالبة فقط ولا يبرأ عن الدين . وثمرة الخلاف تظهر فى موضعين : أحدهما ... والثانى أن الراهن إذا أحال المرتهن بالدين على إنسان ، كان لراهن أن يسترد الرهن عند أبى يوسف كما لو أبرأه عن الدين ، وعند محمد ليس له ذلك كما لو أجل الدين » (الزيلعى ص ١٧١) .

وكما أن التأمينات لا تنتقل لتكفل الدين فى ذمة المحال عليه عند أبى حنيفة وأبى يوسف ، كذلك نحسب أن الدفوع أيضاً لا تنتقل . فليس للمحال عليه أن يتمسك ضد الدائن بالدفوع التى كان المدين يتمسك بها ضد الدائن ، بل ولا يجوز للمحال عليه أن يتمسك ضد الدائن بالدفوع -

المذهب الحنفى ، أى فى التكليف القانونى الذى يسار المقومات الرئيسية السالفة الذكر . ونبادر إلى القول إن هذا التكليف لا يختلف باختلاف ما إذا كانت الحوالة مطلقة أو مقيدة . وسنراه فى المذاهب الثلاثة الأخرى يختلف فى الحوالة المطلقة عنه فى الحوالة المقيدة ، وهذا يؤكد ما سبق أن قررناه من أن التمييز بين الحوالة المطلقة والحوالة المقيدة قد تزيد أهميته فى المذاهب الثلاثة الأخرى عنها فى المذهب الحنفى . وإنما يختلف التكليف فى المذهب الحنفى باختلاف ما اعتبر انتقاله بالحوالة إلى المحال عليه ، هل هو الدين والمطالبة معاً ، أو المطالبة وحدها ، أو أن المحال عليه لم ينتقل إليه بالحوالة لا الدين ولا المطالبة :

(١) أما عند زفر ، حيث لا ينتقل الدين ولا المطالبة من ذمة المدين إلى ذمة

= المستمدة من علاقته هو بالدين ، وهذا ما لم تكن الحوالة مقيدة وسقط الدين للذى تعقدت به أو هلكت الرديئة على النحو الذى قلناه . فيحتر التزام المحال عليه بنحو الدائن التزاماً مجرداً ، فلا يتأثر لا بالعلاقة القائمة بين المدين والدائن ولا بالعلاقة القائمة بينه وبين المدين ، وإنما هى علاقة جديدة قامت بينه وبين الدائن مستقلة عن العلاقة السالفة الذكر . صحيح أن الدين الذى يقوم فى ذمة المحال عليه للدائن يشارك للدين الذى كان فى ذمة المدين للدائن فى صفته من حيث الحلول والتأجيل ، وقد جاء فى المادة ٨٩٦ من مرشد الحيران : « يتحول الدين على المحتال عليه بصفته التى على المحيل . فإن كان الدين على المحيل حالاً ، تكون الحوالة به على المحتال عليه حالة ، وينفخ المحتال عليه الدين المحال به ممجلاً . وإن كان الدين على المحيل مؤجلاً ، تكون الحوالة به على المحتال عليه مؤجلة ، ولا يلزم بالدفء إلا عند حلول الأجل . فلو مات المحيل بى الأجل ، وإن مات المحتال عليه صار الدين حالاً ويؤدى من التركة إن كان بها مابقى بأدائه ، وإلا رجع المحتال بالدين أو بمابقى له منه على المحيل ليؤديه عند حلول الأجل » . ولكن هذا لا يفيد أن المحال عليه يتحمل بالدفوع التى كان يتحمل بها المدين . للمحال عليه طبعاً أن يتحمل بالدفوع المستمدة من عقد الحوالة ذاته إذ هو طرف فيه ، فإذا كان هذا العقد باطلاً جاز له أن يتحمل ببطلانه . وله أيضاً أن يتحمل بالدفوع التى يستمدها من علاقته هو بالدائن ، فله أن يتحمل باتحاد ذمته مع الدائن ، وأن يتحمل بالمقاصة بينه وبين الدائن . أما أن يتحمل بالمقاصة بين الدائن والمدين ، فإن جاز له ذلك فإنما يحمل على أنه يتحمل بدفع مستمد من عقد الحوالة . ذلك أنه إذا كان الدين المحال به قد انقضى بالمقاصة بين الدائن والمدين قبل الحوالة ، فالحوالة باطلة ، لأن من شروط انتقالها أن يكون هناك دين قائم فى ذمة المدين للدائن ، فتسلك المحال عليه بالمقاصة فى هذه الحالة إنما هو تسلك ببطلان الحوالة (قارن الدكتور صبحى الهمصافى فى النظرية العامة للموجبات والعقود فى الشريعة الإسلامية ٢ ص ٣٥٥ — انتقال الالتزام فى القانون البنى ص ٥٨) .

المحال عليه ، بل تقسم ذمة المحال عليه إلى ذمة المدين في المطالبة ، فالأمر واضح ، ولا تعدو حوالة الدين أن تكون كفالة محضة كما قدمنا . فإذا حول المدين دينه حوالة مطلقة ، كان معنى هذا عند زفر أنه اتخذ من المحال عليه كفيلًا عاديًا له ، وبقيت ذمته هو مشغولة بالدين كما كانت . ويكون للدائن أن يرجع إما على المحال عليه وإما على المدين كما يشاء ، شأنه في ذلك شأن الدائن في الكفالة يرجع إما على الكفيل وإما على المدين . وإذا كانت الحوالة مقيدة ، بقي المحال عليه عند زفر كفيلًا للمدين ، وأضيف إلى ذلك أن الدين الذي تقيدت به الحوالة يصبح مرهونًا في الدين المحال به ، فيكون المدين قد قدم للدائن ضمانين : كفيلًا ورهنا . (٢) وأما عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، حيث تنتقل المطالبة والدين من ذمة المدين إلى ذمة المحال عليه ، فهذا قول ينبغي ألا يؤخذ على علته . والصحيح أن الدين الأصلي قد انقضى ، ومما يقطع في انقضائه انقضاء التأمينات التي كانت تكفله . وحل محل الدين الأصلي دين جديد في ذمة المحال عليه ، لا تنتقل إليه تأمينات الدين الأصلي كما قدمنا . وتكون حوالة الدين ، مطلقة كانت أو مقيدة ، عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، ليست إلا تجديدًا بتغيير المدين ، فقد استبدل المحال عليه بالمدين الأصلي (١) . فإذا توى الدين عند المحال عليه ، فسح التجديد ، وعاد الدين إلى ذمة المدين الأصلي (٢) .

(٣) أما عند محمد ، حيث لا ينتقل الدين إلى ذمة المحال عليه وإنما تنتقل المطالبة وحدها ، وحيث لا تنقضى التأمينات بل تبقى على حالها تكفل الدين الباقي في ذمة المدين (٣) ، فإن حوالة الدين ، مطلقة كانت أو مقيدة ، أقرب إلى

(١) وفي الحوالة المقيدة تبرأ ذمة المحال عليه نحو المدين بقدر ما أدى من الدين للدائن .
 (٢) ذلك أن المدين يضمن للدائن يسار المحال عليه ، بحيث تنسخ الحوالة إذا توى الدين عنه . وهذا بخلاف المذاهب الثلاثة الأخرى ، فسرى أن المدين لا يضمن يسار المحال عليه ، إلا في ملعب مالك حيث يعتبر المدين قد فر الدائن إذا كان المحال عليه مفلسًا وقت الحوالة دون أن يعلم الدائن ذلك ويعلمه المدين .
 (٣) وقد قدمنا أن التأمينات ، عند محمد ، تبقى على حالها تكفل الدين الباقي في ذمة المدين ، خلافاً لأبي حنيفة وأبي يوسف : فتح القدير ٥ ص ٤٤٦ - الزيلعي ٤ ص ١٧١ - ويضيق المطلق ، عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، بأن تعود التأمينات إذا فسخت الحوالة بالتوى وعاد الدين إلى ذمة المدين الأصلي ، ولكن لا يوجد في نصوص المذهب الحنفى نص صريح في هذا المعنى .

أن تكون كفالة محوذة . ووجه التحوير فيها أن الدائن يرجع على المحال عليه (الكفيل) أولاً ، لأن المطالبة انتقلت إليه ولم تبق عند المدين . فان توى الدين عند المحال عليه ، يرجع الدائن على المدين الأصلي ، إذ تعود المطالبة بالتوى إلى المدين لتنضم إلى الدين كما كانت . أما في الكفالة العادية فالدائن بالخيار إن شاء طالب المدين الأصلي أولاً وإن شاء طالب الكفيل (١) ، لأن المطالبة بقيت عند المدين وإنما ضمت فيها إلى ذمته ذمة الكفيل (٢) .

(ب) وننتقل الآن ، في حوالة الدين ، إلى المذاهب الثلاثة الأخرى ؛ المالكية والشافعية والحنابلة . وهنا يجب أن نميز ، منذ البداية ، بين الحوالة المقيدة والحوالة المطلقة . وهنا تميز جوهرى لا تصرح به نصوص هذه المذاهب ، ويرجع ذلك في الغالب إلى أن الفرق بين هاتين الحوالتين كبير إلى حد أن إحداهما - وهى الحوالة المطلقة - ليست بحوالة أصلاً كما سئرى ، فلا تستحق هذه التسمية حتى لا تكون نوعاً ثانياً إلى جانب الحوالة المقيدة . وهذا يعود بنا مرة أخرى إلى تأكيد أهمية هذا التمييز في المذاهب الثلاثة .

ففي الحوالة المقيدة - أو الحوالة إطلاقاً لأن الحوالة المطلقة لا تدعى في العادة حوالة في المذاهب الثلاثة - يشترط أن يكون للمدين دين في ذمة المحال عليه معادل في الجففس ومسآور في المقدار للدين المحال به ، فيوفى المدين الدين الذى في ذمته للدائن بالدين الذى له في ذمة المحال عليه . ومن ثم وجب أن يكون الدين المحال به والدين الذى تقيدت به الحوالة متساويين ، كما قدمنا ، في الصفة

(١) بل إن الدائن في الكفالة العادية يقلب أن يرجع أولاً حل الكفيل ، لأنه يختار عادة لكفالة الدين من هو أكثر ملاءمة من المدين الأصلي ، فيكون الرجوع حل الكفيل أبسر من الرجوع حل للمدين . وهذا الذى يقع فعلاً في الكفالة للمادية يقع قانونياً في حوالة الدين . فالذى تتميز به حوالة الدين إذن هو أن المدين في الحوالة يأمن رجوع الدائن عليه قبل رجوعه حل الكفيل ، فالحوالة من هذا الوجه أقرب إلى أن تكون ضماناً للمدين منها ضماناً للدائن .

(٢) أو لحل حوالة الدين ، عند محمد ، هى ضرب من الأمانة القاصرة (délégation imparfaite) ، ينب فيها المدين المحال عليه في الوفاء بالدين عن طريق نقل المطالبة إليه ، فيرجع الدائن (المئاب) هنا أيضاً حل المحال عليه (المئاب لديه) أولاً ، فإن توى الدين عنده رجح حل للمدين (المئب) . ويسئرى في ذلك أن تكون الحوالة مطلقة أو مقيدة .

والمقدار (١) ، فإن اختلفا في شيء من ذلك لم تصح الحوالة (٢) . ويشترط لانعقاد الحوالة المقيدة في المذاهب الثلاثة رضاء كل من الدائن والمدين ، أما رضاء المحال عليه فلا يشترط على الأرجح ، لأن الدائن يستوفى الدين منه كما كان يستوفيه المدين فلا يتضرر المحال عليه بذلك . بل إن رضاء الدائن عند الخنابلة لا يشترط هو أيضاً إذا كان المحال عليه مليئاً ، فيكفي إذن عندهم في هذه الحالة إرادة المدين المنفردة . ومتى تمت الحوالة على هذا النحو ، برئت ذمة المدين نحو الدائن ، وبرئت ذمة المحال عليه نحو المدين ، وصار المحال عليه مديناً للدائن . ولا تنتقل تأمينات الدين المحال به بل تنقضي (٣) ، مما يقطع

(١) وهذا لا يمنع من أن يكون ما حل المدين للدائن أكثر أو أقل مما حل المحال عليه للمدين . فإن كان أكثر ، جازت حوالة جزء منه يماثل في المقدار ما حل المحال عليه للمدين ، وإن كان أقل ، جازت حوالاته حل جزء مما حل المحال عليه للمدين معادل له في المقدار . جاء في الشرح الصغير للردبر (جزء ٢ ص ١٤٢) : « وشرط لصحتها .. تساوى الدينين ، المحال به وعليه ، قدرأ وصفة . فلا تصح حوالة بعشرة حل أكثر منها ولا أقل ، ولا بعشرة معادلة حل عشرة يزيدية ولا عكسه . فليس المراد بالتساوى أن يكون ما حل المحال مثل ما حل المحال عليه قدرأ وصفة ، لأنه يجوز أن يحل بعشرة حل عشرة من عشرين حل غيره ، وأن يحل بخمسة من عشرة حل خمسة حل غيره » .

(٢) وتصرح المالكية بأن الحوالة ، في حالة تساوى الدينين ، هي « إحالة » الدين ، وليست بيع الدين بالدين . قال ابن جزى : « والشرط الثاني أن يكون الدين المحال به مساوياً للمحال فيه في الصفة والمقدار ، فلا يجوز أن يكون أحدهما أقل أو أكثر ، أو أدنى أو أعلى ، لأنه يخرج من الأحالة إلى البيع ، فيدخله الدين بالدين » (القوانين الفقهية ص ٣٢٧) . أما عند الشافعية فالحوالة هي بيع دين بدين . جاء في المذهب : « لا تجوز الحوالة إلا حل دين يجوز بيعه .. لأن الحوالة بيع في الحقيقة ، لأن المحتال يبيع ماله في ذمة المحل بما له في ذمة المحال عليه ، والمحل يبيع ماله في ذمة المحال عليه بما عليه من الدين ، فلا تجوز إلا فيما يجوز بيعه » (المذهب جزء أول ص ٣٣٧) .

(٣) جاء في أسنى المطالب شرح روض الطالب (جزء ٣ ص ٢٢٢) : « لا يعتبر اتفاقهما في الرهن ولا الضمان ، بل لو أحاله بدين أو حل دين به رهن أو ضمان ، انفلك الرهن وبرىء الضمان ، لأن الحوالة كالقبض بدليل سقوط حبس المبيع والزوجة فيما إذا أحال المشتري بائناً والزوج بالصداق . ويفارق المحتال الوارث في نظيره من ذلك ، لأن الوارث خليفة مورثه فيما ثبت له من الحقوق » . وجاء في حاشية الشرقاوى على شرح التحرير (جزء ٢ ص ٢٦) . « فلو كان في أحد الدينين توثيق برهن أو ضمان ، لم يؤثر ولم ينتقل الدين بصفة التوثيق . بل يسقط التوثيق ، لأن الحوالة كالقبض بدليل سقوط حبس المبيع والزوجة فيما إذا أحال المشتري بائناً والزوج بالصداق » . وجاء في نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج (جزء ٣ ص ٣٩٤) : « إن =

في أن هذا الدين قد انقضى، فليس هو الذي قام في ذمة المحال عليه للدائن . كذلك لا ينتقل إلى الدائن الحق الذي كان للمدين في ذمة المحال عليه للأسباب الآتية : (١) لا تنتقل أيضاً تأمينات هذا الحق لتكفل الحق الذي قام للدائن في ذمة المحال عليه (١) . (٢) لو كان حق للمدين في ذمة المحال عليه قد انتقل إلى الدائن ، فقد كان ينبغي أن يكون للمحال عليه أن يدفع مطالبة الدائن بالدفع التي كان يدفع بها مطالبة المدين ، دون الدفع المستمدة من علاقة المديونية ما بين المدين والدائن ، ولكن في بعض النصوص ما يصرح بعكس ذلك (٢) . (٣) ولو كان هذا الحق

= أطلق الحوالة ولم يتعرض لتعلق حقه بالرهن ، فينبغي أن تصح وجباً واحداً وبغلك الرهن ، كما إذا كان له به ضمان فأحال عليه به من له دين لا ضمان به صحت الحوالة وبره الضامن ، لأنها معاوضة أو استيفاء وكل منهما يقتضي برائة الأصل فكذا يقتضي فك الرهن . فان شرط بقاء الرهن ، فهو شرط فاسد تبطل به الحوالة إن قارنهما .

(١) جاء في التمرر البهية شرح للبهجة الوردية (جزء ٣ ص ١٤٤ وما بعدها) : « لو أحاله على دين به رهن أو ضمان ، انتقلت الرهن وبره الضامن ، لأن الحوالة كالقبض » . انظر أيضاً ما قدمناه من النصوص : أسنى المطالب شرح روض الطالب جزء ٣ ص ٢٣٢ — حاشية الترقاوى على شرح التحرير جزء ٢ ص ٢٦ — نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج جزء ٣ ص ٣٩٤ . (٢) أما أنه ليس للمحال عليه أن يدفع مطالبة الدائن بالدفع التي كان يدفع بها مطالبة المدين ما لم يكن الدين الذي في ذمته للمدين غير موجود أصلاً ، فقد جاء في المهذب (جزء أول ص ٣٣٨ ص ٣٣٩) : « وإن أحال البائع رجلاً على المشتري بالألف ، ثم رد المشتري المبيع بمبيع ، لم تبطل الحوالة وجباً واحداً ، لأنه تعلق بالحوالة حق غير المتعاقدين وهو الأجنبي المحتال فلم يجوز إبطالها . وإن أحال البائع على المشتري رجلاً بألف ، ثم اتفقا على أن المبيع كان حراً ، فإن كذبا المحتال لم تبطل الحوالة ... فإن أضافا على ذلك بينة لم تسمع ، لأنهما كذبا البينة بدخولهما في البيع . وإن صدقتهما المحتال بطلت الحوالة ، لأنه ثبتت الحرية وسقط الثمن فبطلت الحوالة » - وهناك خلاف فيما إذا كان يجوز للمحال عليه أن يدفع مطالبة الدائن بالدفع المستمدة من علاقة المديونية ما بين الدائن والمدين ، فقد جاء في المهذب : « وإذا اشترى رجل من رجل شيئاً بألف وأحال المشتري البائع على رجل بالألف ، ثم وجد بالمبيع عيباً فرده ، فقد اختلف أصحابنا فيه فقال أبو على الطبري لا تبطل الحوالة فيطالب البائع المحال عليه بالمال ، ويرجع المشتري على البائع بالثمن ، لأنه تصرف في أحد عوضي البيع فلا يبطل بالرد بالعيب ، كما لو اشترى عبداً بثوب وقبضه وباعه ثم وجد البائع بالثوب عيباً فرده . وقال أبو اسحق تبطل الحوالة . . فلا يجوز البائع مطالبة المحال عليه ، لأن الحوالة وقست بالثمن ، فإذا فسخ البيع خرج المحال به عن أن يكون ثمناً ، فإذا خرج من أن يكون ثمناً ولم يتعلق به حق غيرهما وجب أن تبطل الحوالة ... ويضاف هذا إذا اشترى عبداً وقبضه وباعه ، لأن المبيع تعلق به حق غير المتبايعين وهو المشتري الثاني فلم يمكن إبطاله ، والحوالة لم يتعلق بها حق غيرهما فوجب إبطالها » (المهذب جزء أول ص ٣٣٨)

قد انتقل إلى الدائن ، وكان المحال عليه معسراً وقت الحوالة أو أعسر بعد ذلك ، فقد كان ينبغي أن يرجع الدائن على المدين بالضمان ، ولكن الظاهر من النصوص أن المدين لا يضمن لإعسار المحال عليه (١) . (٤) ولو كان مقدراً لهذا الحق أن ينتقل إلى الدائن ، ولكن لم يتمكن المدين من نقله ، كأن كان الحق ثمتاً لمبيع استحق أو كان ودیعة فهلكت ، فقد كان ينبغي أن يعتبر الدائن غير مستوف لدينه أو أن الحق لم ينتقل إليه ، فيبقى للدائن دينه في ذمة المدين ، ولكن هذا الحكم لا يظهر في وضوح من النصوص .

ويستوقف النظر على كل حال أن الحوالة ، في المذاهب الثلاثة ، لا تكون إلا حيث يكون المدين دائناً في الوقت ذاته للمحال عليه مجلس ماعليه ومقداره (٢) .

(١) جاء في القوانين الفقهية لابن جزي : « فإذا وقعت الإحالة ، برئت بها ذمة المحيل من الدين الذي كان عليه السامك ، وانتقل إلى طلب المحال عليه . ولا رجوع لسامك حل المحيل إن أفلس المحال عليه أو أنكر ، إلا أن يكون المحيل قد غر المحال لكونه يعلم فليس المحال عليه أو بطلان حقه قبله ولم يعلم المحال بذلك . وقال الشافعي لا يرجع على المحيل ، غره أو لم يهره » (القوانين الفقهية ص ٣٢٧) . وجاء في المذهب : « إذا أحال بالدين ، انتقل الحق إلى المحال عليه وبرت ذمة المحيل ، لأن الحوالة إما أن تكون تحويل حق أو بيع حق ، وأيهما كان وجب أن تبرأ به ذمة المحيل . وإن أحاله على ملء فافلس أو جحد الحق وحلف عليه ، لم يرجع إلى المحيل ، لأنه انتقل حقه إلى مال يملك يمينه ، فسقط حقه من الرجوع ، كما لو أعطى بالدين سلمة ثم تلفت بعد القبض . وإن أحاله على رجل بشرط أنه ملء فبان أنه معسر ، فقد ذكر المزي أنه لا خيار له ، وأنكر أبو العباس هذا وقال له الخيار لأنه غره بالشرط فثبت له الخيار ، كما لو باعه عبداً بشرط أنه كاتب ثم بان أنه ليس بكاتب . وقال عامة أصحابنا لا خيار له ، لأن الإحصار نقص ، فلو ثبت به الخيار لثبت من غير شرط كالبيع في المبيع ، ويخالف الكتابة فإن عدم الكتابة ليس ينقص وإنما هو عدم فضيلة ، فاختلف الأمر فيه بين أن يشترط وبين ألا يشترط » (المذهب جزء أول ص ٣٣٨) . وجاء في الأم للشافعي (جزء ٢ ص ٢٠٣) : « أخبرنا الربيع بن سليمان قال أخبرنا الشافعي إمامه قال : والقول عندنا والله تعالى أعلم ما قال مالك بن أنس أن الرجل إذا أحال على الرجل بحق له ، ثم أفلس المحال عليه أو مات ، لم يرجع المحال على المحيل أبداً » . وجاء في المخني : « فإذا اجتمعت شروط الحوالة وصحت ، برئت ذمة المحيل في قول عامة الفقهاء .. إذا ثبت أن الحق انتقل . فحق رضى بها المتهال ولم يشترط اليسار ، لم يمد الحق إلى المحيل أبداً ، سواء أمكن استيفاء الحق أم تعذر لخلل أو فليس أو غير ذلك » (المخني ص ٥٨) .

(٢) بل إن الفقه المالكي يشترط فوق ذلك أن يكون الدين المحال به حالاً ، فإذا لم يكن حالاً وجب على الأقل أن يكون الدين المحال عليه حالاً وأن يقبضه المحال قبل التصرف ، وفي هذا -

ليس من اليديهي أن يقال في هذه الحالة إن المدين إنما يوفى، عن طريق ما يسمى بالحوالة ، الدين الذى عليه للدائن بالحق الذى له في ذمة المحال عليه ؟ فهو بدلا من أن يستوفى حقه من المحال عليه ، ثم يوفى بهذا الحق الذى استوفاه الدين الذى عليه للدائن ، يختصر هاتين العمليتين في عملية واحدة ، فيقضى الدين الذى عليه بالحق الذى له ، دون أن يستوفى شيئا من مدينه أو يوفى شيئا لدائنه ، بل يقتصر على أن يحيل دائنه على مدينه . هذا هو الظاهر الواضح . ولكن على أى أساس أجرى المدين كل ذلك ؟ لا نرى أن المدين حول على مدينه الدين الذى في ذمته للدائن ، لأن تأمينات هذا الدين لا تنتقل بل تنقضى كما قدمنا . وإنما هو وفى لدائنه ماعليه من الدين من طريق التجديد بتغيير المدين ، فانقضى الدين الأصلي ، وحل محله دين جديد استبدل فيه بنفسه المحال عليه ، ومن ثم لم تنتقل التأمينات إلى هذا الدين الجديد . ولا نرى أن المدين حول لدائنه الحق الذى له في ذمة المحال عليه ، لأن تأمينات هذا الحق لا تنتقل بل تنقضى كما قدمنا ، وهذا إلى الأسباب الأخرى التى سبق ذكرها والتي تدعو إلى القول بأن هذا الحق لم ينتقل . وإنما هو استوفى من المحال عليه حقه هذا عن طريق التجديد بتغيير الدائن ، فانقضى الحق الأصلي ، وحل محله حق جديد استبدل فيه بنفسه الدائن ، ومن ثم لم تنتقل التأمينات إلى هذا الحق الجديد . فهو باعتباره مدينا قد استبدل بنفسه مدينه ، وهو باعتباره دائنا قد استبدل بنفسه دائنه . وخرج على هذا النحو عن المديونية والدائنية ، فأسقط كلا من الدين والحق . وأنشأ التزاما جديدا ، إذ وضع مدينه مكانه تجاه دائنه ، كما وضع دائنه مكانه تجاه مدينه ، واستطاع بهذا أن يصل بين مدينه ودائنه ، فيجعل الأول هو المدين للثاني في هذا الالتزام الجديد (١) .

== ما يبرز في وضوح أن الحوالة ليست إلا وفاة دين بدين . جاء في الشرح الكبير للرددير (جزء ٣ ص ٢٢٦ وما بعدها) : « شرط صحة الحوالة ... حلول الدين المحال به ، وهو الذى على المحيل لأنه إذا لم يكن حالا أدى إلى تمعير ذمة بلزمة فيؤدى إلى بيع الدين بالدين ... إلا أن يكون المحال عليه حالا ويقبضه قبل أن يتفرقا مثل الصرف فيجوز » .

(١) وما يؤيد أن الدين الذى قام في ذمة المحال عليه للدائن ليس هو نفس الدين الذى كان في ذمة المدين للدائن بل هو نظيره أى التزام جديد معادل له ، ما جاء في كشف القناع بحل ألفاظ أبي شجاع (جزء ٢ ص ٤٨) : « وتبرأ بالحوالة الصحيحة ذمة المحيل عن دين المحال ، ويسقط دينه عن المحال عليه ، ويلزم دين محال محالا عليه أى يصير نظيره في ذمته » .

فالحوالة المقيدة في المذاهب الثلاثة هي إذن ، في نظرنا ، وفاء دين بحق ، عن طريق إسقاط كل من الدين والحق ، وإنشاء التزام جديد يستوفى به المدين الحق ويبقى بالدين . فتنهى إلى تجديد بتغيير الدائن بالنسبة إلى استيفاء الحق ، وإلى تجديد بتغيير المدين بالنسبة إلى الوفاء بالدين .

أما ما يمكن أن نسميه بالحوالة المطلقة في المذاهب الثلاثة ، حيث لا يكون للمدين دين في ذمة المحال عليه ، فهذه ليست حوالة أصلا ، حتى بالاسم ، فقد رأينا أن المذاهب الثلاثة لا تسميها حوالة . فاذا حول المدين دائته على أجنبي غير مدين له ، فهو إنما يجعل من هذا الأجنبي كفيلا له . فالحوالة هنا كفالة محضة لا تخوير فيها ، أو هي حاملة كما تقول المالكية (١) . ولا بد من رضاء الدائن والمدين والمحال عليه جميعاً بهذه الحوالة . فاذا انعقدت ، اعتبر المحال عليه كفيلا للمدين ، وكان الدائن بالخيار إن شاء طالب المدين وإن شاء طالب المحال عليه ، ولا يتعين أن يطالب المحال عليه أولاً كما يتعين ذلك في الملعب الحنفى فيما دعونه بالكفالة المحورة (٢) .

— ويخلص من كل ذلك أن حوالة الدين في الفقه الإسلامي تسفل في منطقة الوفاء بالدين لا في منطقة بيعه أو انتفاله . ويقول ابن القيم نقلاً عن ابن تيمية في هذا المعنى : « إن الحوالة من جنس إيفاء الحق لا من جنس البيع ، فإن صاحب الحق إذا استوفى من المدين ماله كان هذا استيفاء ، فإذا أحاله على غيره كان قد استوفى ذلك الدين من الدين الذي في ذمة المدين ... وفاء الدين ليس هو البيع الخاص وإن كان فيه شوب المعاوضة » (إعلام الموقعين ١ ص ٣٤١) .

(١) يؤيد ذلك للتخصص الآتية : جاء في الخطاب (جزء ٥ ص ٩١) : « وقال في المدونة وإذا أحاله على من ليس قبله دين ، فليست حوالة وهي حاملة » . وجاء في التمرى (جزء ٩ ص ١٧) : « ومن شروطها ثبوت دين المصيل في ذمة المحال عليه ، وإلا كانت حاملة عند الجمهور » . وجاء في الملهب (جزء أول ص ٣٣٧) : « ولا تجوز الحوالة إلا على من له عليه دين ، ولأننا بينا أن الحوالة بيع ما في الذمة بما في الذمة ، فاذا أحاله على من لا دين له عليه كان بيع مبدوم فلم تصح . ومن أصحابنا من قال تصح إذا رضى المحال عليه ، لأنه يحمل دين يصح إذا كان عليه مثله فيصح وأن لم يكن عليه مثله كالضمان . فكل هذا يطالب المصيل بتخليصه ، كما يطالب الضمان المتضمن منه بتخليصه . فإن قضاء بإذنه رجع على المصيل ، وإن قضاؤه بغير إذنه لم يرجع » .

(٢) ويخلص من ذلك أن الحوالة المطلقة في المذاهب الثلاثة تختلف في طبيعتها عن الحوالة المقيدة ، فالأولى كفالة محضة ، والثانية تجديد بتغيير المدين وتجديد بتغيير الدائن . أما في الملعب الحنفى فالحوالة المطلقة لا تختلف في طبيعتها عن الحوالة المقيدة ، كليهما إما تجديد بتغيير — (م ٢٨ — الوسيط)

حوالة الحق : رأينا في حوالة الدين أن المذهب الحنفى يتميز عن المذاهب الثلاثة الأخرى . أما هنا ، في حوالة الحق ، فالمذهب المالكي هو الذى يتميز عن المذاهب الثلاثة الأخرى ، الحنفية والشافعية والحنابلة .

(١) فتبدأ بالمذهب المالكي : والظاهر أن هذا المذهب يقر حوالة الحق فيما يسميه بهية الدين ويبيع الدين . ويشترط لانعقاد هبة الدين من غير المدين - وهى حوالة حق عن طريق التبوع - ما يشترط لانعقاد الهبة بوجه عام . فيشترط إذن القبض ، ويتم بالإشهاد أو بتسليم سند الدين أو « ذكر الحق » كما يقول مالك (١) . ويشترط لانعقاد بيع الدين من غير المدين - وهو حوالة حق عن طريق المعاوضة - ما يشترط لانعقاد البيع بوجه عام . ويشترط إلى جانب ذلك شروط أخرى . منها إقرار من عليه الدين بحق الدائن ، فلا يجوز بيع حق متنازع فيه . ومنها التسجيل بالثمن ، وأن يكون الدين المبيع غير طعام ، وأن يكون الثمن من غير جنس المبيع ، وأن يقع البيع لغير خصم المدين حتى لا يكون في البيع إعانات للمدين بتمكين خصمه منه (٢) . ولا تثقل التأمينات التى كانت

= المدين إذا قلنا بانتقال المطالبة والدين جميعاً ، وإما كفالة محووة إذا قلنا بانتقال المطالبة وحدها دون الدين ، وإما كفالة محضة إذا قلنا بعدم انتقال أى من الدين والمطالبة . وإنما تزيد الحوالة المقيدة على الحوالة المطلقة ، في المذهب الحنفى ، بوجود دين في ذمة المحال عليه المدين يخصص لوفاء الدين المحال به على قول الأئمة الثلاثة ، أو يكون مرهوناً فيه على قول زفر .

(١) وقد جاء في المدونة : « قلت أرايت أن وهبت لرجل ديناً لى عليه كيف يكون قبضه ، قال إذا قال قد قبضت فذلك جائز له ، وهذا قبض لأن الدين عليه ، وهذا قول مالك ، وإذا قبل سقط . قلت فإن وهبت لرجل ديناً على رجل آخر ، قال قال مالك إذا أشهد له ، وجمع بينه وبين غيره ، ودفع إليه ذكر الحق ، فهو قد قبض . قلت فإن لم يكن كتب عليه ذكر حق كيف يصح ، قال إذا أشهد له وأحاله عليه فهذا قبض في قول مالك . قلت فإن كان الدرع غائباً ، فوهب لرجل ماله على غيره وأشهد له بذلك ودفع إليه ذكر الحق وأحاله عليه ، أيقون هذا قبضاً في قول مالك ، قال نعم . قلت أرايت الدين إذا كان على الرجل وهو بأفريقية وأنا بالفسطاط ، فوهبت ذلك الدين الذى لى بأفريقية لرجل ملى بالفسطاط ، وأشهدت له ، وقيل ، أترى ذلك جائزاً ، قال نعم . قلت لم أجزته في قول مالك ، قال لأن الدين هكذا قبض ، وليس هو شيئاً يمينه يقبض ، إنما هو دين على رجل قبضه أن يشهد له ويقبل الموهوب له الهبة » (المدونة الكبرى جزء ١٥ ص ١٢٦ - ١٢٧) .

(٢) وقد جاء في شرح التاوى التصفة : « وإنما يجوز بيع الدين لغير من هو عليه ، مع حضور المدين وإقراره وإن كان عليه يمين ، لأنه قد يطمئن فيها أو يلقى القضاة فيكون من شرا -

الحق من رهن أو كفالة ، إلا بالشرط وإقرار الكفيل بالكفالة وإن كان لا يشترط رضاؤه بالحالة (١) .

ب) وننتقل الآن ، في حوالة الحق ، إلى المذاهب الثلاثة الأخرى ، الحنفية والشافعية والحنابلة . فهذه للمذاهب جميعاً لا تقر حوالة الحق ، ولا تميز بين الدين

« ما فيه خصومة وهو ممنوع على المشهور . وأجاز ابن القاسم في سماح موسى بن معاوية شراء الدين على الغالب ... مع تعجيل الثمن وإلا كان من بيع الدين بالدين ، وكونه ليس طعام من يبيع فإن كان الدين طعام من يبيع لم يميز لما تقدم من منع بيع طعام الماوضة قبل قبضة . وبه يغير مجلس مرسى : فإن يبيع بجمسه لم يميز ، لأن الشأن في الدين أن يباع بأقل فيكون سلفاً بمنفعة . وسادس الشروط ألا يكون المشتري عدواً للمدين يقصد بالشراء إبعاده ، وإذ رد البيع وقسخ » (التاودي حل للتحفة ٢ ص ٤٧) .

ونرى من هذا النص إنه لا يشترط لجواز بيع الدين لغير من هو عليه رضا المدين ، ولكن يجب مع ذلك توافر الشروط الآتية : (١) ألا يكون الدين حقاً متنازماً فيه ، لأن شراء ما فيه خصومة ممنوع . (٢) ألا يكون الدين طعاماً في ذمة المدين ، لأن بيع الطعام قبل قبضه ممنوع . (٣) ألا يكون الثمن من جنس الدين ، إذ المشتري يشتري الدين المؤجل عادة بأقل من قيمته فيكون سلفاً بمنفعة ويدخله الربا . (٤) أن يعجل الثمن ، وإلا كان من بيع الدين بالدين وهذا غير جائز . (٥) ألا يكون المشتري خصماً للمدين ، وإلا كان في هذا إعانت للمدين بتسليط خصمه عليه . (انظر في ذلك أيضاً المدونة الكبرى ٩ ص ١٢٨ — ص ١٣٠) . ويبدو أن بيع الدين من غير المدين في المذهب المالكي ، بالشروط المتقدمة الذكر ، أقرب إلى أن يكون وفاء مع الحلول أو وفاء الدين بمقابل صادراً من غير المدين . فالأجنبي يتقدم إلى الدائن ويوفيه دينه أو يوفيه مقابلاً من غير جنس الدين ، ويرجع بالدين على المدين . ولو كان هذا يباعاً لأنك تأجيل الثمن ، فمن المسلم أن البيع يجوز تأجيل الثمن فيه ، ولأنك الأجنيبي ، بدلا من الوفاء بالدين أو بمقابل الدين في الحال ، وهذا هو التصجيل بالثمن ، أن يتيه ديناً في ذمته . ولكن المقطوع به في مذهب مالك أنه لا يجوز بيع الدين من غير المدين بشمن مؤجل .

(١) وقد جاء في شرح التاودي للتحفة : « وإذا بيع الدين أو وهب أو تصدق به ، وكان فيه رهن أو حصيل ، لم يدخل واحد منهما إلا بالشرط ، مع حضور الحصيل وإقراره بالحالة ، وإن لم يرش بالتحمل لمن ملكه . (تنبيه) من يبيع الدين المسألة الملقبة عند العامة بقلب الرهن ، وهي أن يكون بيد الإنسان رهن في دين مؤجل ، ويحتاج إلى دينه فيبيعه بما يباع به . ويحل المشتري للدين محل ياله في سوز الرهن ، والمنفعة إن كانت المنفعة جعلت له ، والبيع الرهن بالتفويض الذي جعل للبائع المرتين ، وغير ذلك . ويكتب في ظهر وثيقة الدين أو في طرفها . فإن سكنا عن الرهن يدخل ، وإن اختلفا في اشتراطه حلها وقسخ . وسيت دخل ظاهراً جملة تحت يد أمين إن لم تشترط منفعة أو اشتطت ولحقه ضرر ، وألا فلا كلام له » (التاودي حل للتحفة ٢ ص ٤٨) .

إلا ممن عليه الدين ، لأن الدين غير مقلود التسليم إلا للمدين نفسه (١) . على أن في المذهب الحنفي حيلة تحقق كثيراً من الأغراض التي يراد الوصول إليها من وراء حوالة الحق (٢) .

ويخلص من كل ذلك أن الفقه الإسلامي لم يقر حوالة الدين بالمعنى المفهوم في الفقه الغربي في أى مذهب من مذاهبه . وقد أقر حوالة الحق بشروط معينة في أحد مذاهبه ، وهو مذهب مالك ، دون المذاهب الأخرى . فلم يكن الفقه

(١) والخاتمة تجب بيع الدين من عليه الدين : إما بضمن مجمل ، ويبدو أن هذا أقرب إلى أن يكون وفاة الدين بمقابل . وإما بضمن مؤجل ، ويبدو أن هذا أقرب إلى أن يكون تجديداً بتغيير محل الدين .

أما الشافعية في أحد قولين في مذهبهم أنه يجوز بيع الدين من غير المدين ، بشرط قبض الدين والمؤمن في المجلس . وهذا لا يبدو أن يكون يماً حشفاً ، جعل فيه المؤمن وسلم المبيع . فالبايع تقدم إلى الدائن بسلته ، وباعها منه بضمن معادل للدين ، ووكله الدائن (المشتري) في قبض هذا الدين . فقبض البايع الدين من المدين ، واحتجزه ثمتاً ، وسلم المبيع إلى المشتري ، وذلك كله في مجلس البيع .

وأما الخنابلة فلا يميزون بين الدين من غير المدين . ويميزون بينه من المدين بضمن مجمل — وهذا وفاة بمقابل — لا بضمن مؤجل . غير أن ابن تيمية وتلميذه ابن القيم يلحذان إلى جواز بيع الدين بالدين ولو بضمن مؤجل (إلهام الموقعين ١ ص ٣٤٠ — ص ٣٤١) ، ولا يمتنان إلا ابتداء الدين بالدين ، أى أن يكون المبيع ديناً مؤجلاً في اللزمة ويكون الثمن كذلك ديناً مؤجلاً في اللزمة ، كبيع مقدار من القمح مؤجل التسليم في مبلغ من النقود مؤجل الدفع . وهذا يخرج عن منطقة بيع الدين بالدين .

(٢) فيجتاح على حوالة الحق بأحد طريقين : (١) يوكل الدائن من يريد أن يحول له حقه في قبض هذا الحق من المدين ثم يجه لياه ، وهو الطريق الذى كان القانون الروماني يلجأ إليه . ولكن يستطيع المولك ، في هذه الحالة ، عزل الركيل قبل قبض الدين . (٢) يقر الدائن لمن يريد أن يحول له حقه بأن الحق له . وهذا الإقرار مقصور على الملاقة فيما بين المقر والمقر له ، أما المدين فلا يطالب بالدفع المقر له . ولذلك يصحب الإقرار توكيل من الدائن المقر له بقبض الدين ، أو يصدق المدين على الإقرار فيسرى في حقه (انظر في ذلك الأستاذ شفيق شحاتة في حوالة الحق في قوانين البلاد العربية ص ٦٢ — ص ٦٤ . أما ما يذكره الأستاذ شفيق شحاتة في ص ٥٧ — ص ٦١ من المسائل التي يستدل بها على جواز حوالة الحق في الفقه الحنفي ، فيبدو لنا أن التعامل فيها إنما يقع على حوالة الدين لا على حوالة الحق ، فتجربى أحكام حوالة الدين على الوجه الذى أسلفناه في هذا المذهب ، أو أن الحوالة في هذه المسائل إنما قصد بها التوكيل بقبض الدين وهذا مأثوف في المذهب الحنفي كما قلنا : انظر في هذا المعنى الأستاذ عيسوى أحمد عيسوى مجلة الأزهر ٢٧ ص ١٠١٤ — ص ١٠١٨ و ص ١١١٦ — ص ١١٢٠) .

الإسلامي إذن بدءاً في تطوره كما قدمنا ، ولم يقر حوالة الدين دون أن يقر حوالة الحق ، بل هو قد سار على السنن المألوفة في التطور ، إذ بدأ باقرار حوالة الحق بسبب الموت ، ثم باقرار هذه الحوالة بين الأحياء ولكن في مذهب واحد من مذاهبه . ثم وقف تطوره عند ذلك ، فلم يقر حوالة الحق بين الأحياء في المذاهب الأخرى ، ولم يقر حوالة الدين أصلاً لاسبب الموت ولا بين الأحياء (١) .

٢ — مقارنة الحوالة بالنظم القانونية التي تقرب منها

٢٤١ — النظم القانونية التي تقرب من الحوالة وتقتبها : وقيل

أن تفصل أحكام الحوالة ، حوالة الحق وحوالة الدين ، فتميزها عما يقرب منها في النظم القانونية ويشبهها . فهناك غير الحوالة التجديد (novation) والإتابة في الوفاء (délégation) والوفاء مع الحلول (paiement avec subrogation) .

(١) انظر في الحوالة بوجه عام في الفقه الإسلامي في مذاهب الأربعة : البدائع ٦ ص ١٥ — فتح القدير ٥ ص ٤٤٣ — ص ٤٥٢ — الزيلعي ٤ ص ١٧١ — ص ١٧٥ — الفتاوى الهندية ٣ ص ٢٩٥ — ص ٣٠٦ — ابن عابدين ٤ ص ٤٤٦ — ص ٤٥٩ — بداية المجتهد ٢ ص ٢٥٠ — ص ٢٥٢ — انحرش ٦ ص ١٦ — ص ٢١ — الخطاب ٥ ص ٩٠ — ص ٩٦ — القوانين الفقهية لابن جزي ص ٢٢٧ — المهلب ١ ص ٣٣٨ ص ٣٣٩ — المفنى (الطبعة الثالثة) ٤ ص ٥٢١ — ص ٥٣٤ .

والذي يخلص من كل ذلك أن حوالة الدين هي إما تجديد أو كفالة بحرة أو كفالة محضة في المذهب الحنفي ، وهي تجديد الدين بتغير المدين وبغير العائن في المذاهب الأخرى . فلم يسلّم الفقه الإسلامي أصلاً بانتقال الدين ، لا فيما بين الأحياء ولا بسبب الموت ، لا عن طريق الخلافة الخاصة ولا عن طريق الخلافة العامة . وإما سلم بانتقال الحق بسبب الموت ، عن طريق الخلافة العامة في الميراث ، ومن طريق الخلافة الخاصة في الوصية بالدين . ولا يكاد يسلّم بانتقال الحق فيما بين الأحياء إلا عن طريق الحيلة في المذهب الحنفي ، وإلا في كثير من التردد في مذهب مالك . ولا عجب في ذلك ، فهذا هو السير الطبيعي في تطور الحالة . أما تسليمه بانتقال الحق بسبب الموت ، فيبدو أن ذلك قد قام على فكرة الخلافة : خلافة الوارث الموروث وخلافة الموصى له الموصى . وهي خلافة لا تتحقق عنده إلا بالموت ، فيخفى شخص السلف ويحل محله شخص الخلف .

فنعول كلمة موجزة في التمييز بين هذه النظم ونظام الحوالة (١) ، أما تفصيل هذه النظم فكانه القسم الثالث من هذا الكتاب عند الكلام في أسباب انقضاء الالتزام .

٢٤٢ - **الحوالة والتجديد** : منرى أن الالتزام يتجدد ، إما بتغيير الدائن إذا اتفق الدائن والمدين وأجني على أن يكون هذا الأجني هو الدائن الجديد ، وإما بتغيير المدين إذا اتفق الدائن مع أجني على أن يكون هذا الأجني مدينًا مكان المدين الأصلي وعلى أن تبرأ ذمة المدين الأصلي دون حاجة لرضائه ، أو إذا حصل المدين على رضاه الدائن بشخص أجني قبل أن يكون هو المدين الجديد ، وإما بتغيير الدين إذا اتفق الدائن والمدين على أن يستبدلا بالالتزام الأصلي التزاماً جديداً يختلف عنه في محله أو في مصدره (انظر م ٣٥٢ مدني) .

ويعتينا هنا من هذه الصور الثلاث صورتان الأوليان : التجديد بتغيير الدائن ويقابل حوالة الحق ، والتجديد بتغيير المدين ويقابل حوالة الدين .

فيتفق التجديد مع الحوالة في أن التجديد يتضمن كالحوالة إما تغييراً للدائن وإما تغييراً للمدين .

ولكن التجديد يختلف عن الحوالة في أن التجديد يقضي الالتزام الأصلي ، وينشئ مكانه التزاماً جديداً يتغير فيه الدائن أو يتغير المدين . وهذا بخلاف الحوالة كما رأينا ، فإن الالتزام فيها ينتقل هو نفسه ، بجميع مقوماته وخصائصه ، من دائن إلى دائن آخر أو من مدين إلى مدين آخر . ففي الحوالة ينتقل الالتزام

(١) ويمكن التمييز أيضاً بين حوالة الحق والاشتراط لمصلحة الغير . فالمشروط لمصلحة الغير لا يجوز للغير حقاً له ، بل يشترط لمصلحته حقاً يلزم به المتعهد ، فينشأ للغير حق مباشر يستمد من عقد الاشتراط ذاته دون أن ينتقل إليه من المشروط بطريق الحوالة . وقد نقضت محكمة النقض في هذا المعنى بأنه إذا جعل شخص من شخص آخر مصحفاً لقيمة التأمين الذي تعاقد عليه مع شركة التأمين ، فهذا اشتراط لمصلحة الغير اشترطه المؤمن له على الشركة لمصلحة المستحق ، لا يرتب حقاً للمستحق قبل المشروط أو ورثته من بعده بسبب إلغاء بوليصة التأمين لامتناع المشروط عن دفع أقساطه ، إلا إذا كان الاشتراط قد حصل مقابل حق للمستحق على المشروط . وليس هو حوالة من المشروط للمستحق لتفيد بذاتها مديونية المشروط للمستحق بمقابل قيمتها (نقض مدني ٩ يناير سنة ١٩٤٧ مجموعة ص ٥ رقم ١٣٦ ص ٢٩٧) .

بضماناته وصفاته ودفعه ، أما في التجديد فيحل محل الالتزام الأصلي التزام جديد بضمانات وصفات ودفع قد تختلف عن تلك التي كانت للالتزام الأصلي (١). وقد نصت المادة ٣٥٦ مدني على أنه « ١ - يترتب على التجديد أن ينقضي الالتزام الأصلي بتواضعه ، وأن ينشأ مكانه التزام جديد . ٢ - ولا ينتقل إلى الالتزام الجديد التأمينات التي كانت تكفل تنفيذ الالتزام الأصلي إلا بنص في القانون ، أو إلا إذا تبين من الاتفاق أو من الظروف أن نية المتعاقدين قد انصرفت إلى ذلك » . ثم تنص المادة ٣٥٨ مدني على أنه « لا ينتقل إلى الالتزام الجديد الكفالة ، حفية كانت أو شخصية ، ولا التضامن إلا إذا رضى بذلك الكفلاء والمدينون المتضامنون » .

ونرى من ذلك أن الحوالة أفضل بكثير من التجديد ، فهي تحتفظ بالالتزام ذاته دون تغيير فيه ، ويبقى لهذا الالتزام ضماناته وصفاته ودفعه لمصلحة كل من الدائن والمدين (٢) . وقد ذهب التقنين المدني الألماني ، بعد أن نظم كلا من حوالة الحق وحوالة الدين ، إلى حد إلغاء التجديد بتاتا ، سواء بتغيير الدين أو بتغيير الدائن أو بتغيير المدين ، واستعاض عن التجديد بتغيير الدين الوفاء بمقابل ، وعن التجديد بتغيير الدائن حوالة الحق ، وعن التجديد بتغيير المدين حوالة الدين (٣) . والواقع من الأمر أن التجديد لم يعد له ، إلى جانب الحوالة ، مكان يذكر ، فإن الحوالة تغطي عليه ويؤثرها الناس في تعاملهم . ولقد كان للتجديد مكان ملحوظ في التقنين المدني السابق ، لأن هذا التقنين لم يكن ينظم حوالة الدين كما سبق القول ، فكان التجديد بتغيير المدين يقوم إلى مدى محدود بمهمة هذا النوع من الحوالة . ولكن بعد أن نظم التقنين المدني الجديد حوالة الدين ، لم يعد للتجديد دور محسوس في التعامل .

(١) هذا إلى أن التجديد بتغيير الدائن يقتضي في انعقاده رضا المدين الأصلي ، أما حوالة الحق فلا تقتضي في انعقادها رضا المحال عليه . والتجديد بتغيير المدين يتم باتفاق المدين القديم والمدين الجديد والدائن ، أما حوالة المدين فتم باتفاق المدين القديم والمدين الجديد وحدهما ، أما قبول الدائن فلازم في نفاذ الحوالة لا في انعقادها . وقد يتم التجديد بتغيير المدين عن طريق اتفاق المدين الجديد والدائن وحدهما ، وتتفق حوالة الدين في ذلك مع التجديد .

(٢) بلانجيل وديوير وردوان ٧ فقرة ١١٤٣ — دى باج ٣ فقرة ٣٧٢ .

(٣) أما في تقنين الالتزامات السويسري : فقد بقي التجديد ولكن بآثار محدودة ، ولم يخصص له هذا التقنين إلا مادة واحدة هي المادة ١١٦ .

٢٤٣ - **حوالة الدين والوفاء في الوفاء** : ويقابل حوالة الدين أيضاً الإجابة في الوفاء . وتم الإجابة إذا حصل المدين على رضا الدائن بشخص أجنبي يلتزم بوفاء الدين مكان المدين (م ١/٣٥٩ مدني) . ويسمى المدين متنبأ ، والدائن متنبأ لديه ، والأجنبي متنبأ .

فإذا كان المدين المتنبأ قد اتفق مع دائته المتنبأ لديه ومع الأجنبي المتنبأ أن يتجدد الدين الذي في ذمته للدائن بدين جديد يكون في ذمة الأجنبي المتنبأ للدائن المتنبأ لديه ، فإن هذا يكون تجديد الدين بتغيير المدين (م ١/٣٦٠ مدني) ، وقد سبق أن ذكرنا الفرق بين هذا التجديد وحوالة الدين .

أما إذا لم يتفق المتعاقدون على التجديد ، فإن الالتزام الذي في ذمة المدين المتنبأ للدائن المتنبأ لديه يبقى كما هو ، ويضاف إليه التزام جديد ينشأ في ذمة المتنبأ للمتنبأ لديه (م ٢/٣٦٠ مدني) .

ورى من ذلك الفرق ما بين الإجابة في الوفاء في هذه الصورة الثانية وحوالة الدين . ففي حوالة الدين ينتقل الدين ذاته إلى ذمة مدين آخر ، وفي الإجابة في الوفاء يبقى الدين القديم في ذمة المدين الأصلي وينشأ إلى جانبه دين جديد في ذمة مدين آخر . وهذا الدين الجديد مستقل عن الدين القديم في مقوماته وخصائصه ، حتى أنه لا يتأثر بدفوع الدين القديم (١) .

٢٤٤ - **حوالة الحق والوفاء مع الحلول** : ويقرب الوفاء مع الحلول من حوالة الحق إلى حد كبير . فالوفاء مع الحلول هو أيضاً ، كالحوالة ، ينقل الالتزام من دائن إلى دائن آخر يحل محله ، والالتزام الذي ينتقل هو الالتزام ذاته بجميع مقوماته وخصائصه من ضمانات وصفات ودفوع .

ولكن الوفاء مع الحلول هو وفاء للدين يقوم به غير المدين ، فيحل من وفي الدين محل الدائن في نفس الالتزام الذي وفاء . أما حوالة الحق فلا تتضمن

معنى الوفاء ، بل معنى المضاربة إذا كانت بمقابل ، فان الدائن يتقل الالتزام إلى دائن آخر في مقابل مال يأخذه عوضاً عن حقه ، فهو يبيع الحق لا يستوفيه . وتتضمن حوالة الحق معنى التبرع إذا كانت بغير مقابل ، فان الدائن يتقل الالتزام إلى دائن آخر من غير عوض ، فهو يهب الحق لا يستوفيه . وعلى هذا الفرق الجوهري تركز القروك الأخرى ما بين حوالة الحق والوفاء مع الحلول ، من حيث قيام كل من الحوالة والحلول ، ومن حيث الآثار التي تترتب على كل منهما .

فن حيث قيام الحوالة والحلول ، تقوم حوالة الحق على اتفاق ما بين الدائن الأصلي والدائن الجديد يحول بموجبه الأول للثاني الحق الذي له ، وليس من الضروري رضا المدين بالحوالة ويكفي إعلانه بها لتكون نافذة في حقه . أما الحلول فتارة يكون بمحكم القانون إذا قام بالوفاء شخص غير المدين في حالات معينة (أنظر المادة ٣٢٦ مدني وسيأتي تفصيلها في موضعه) ، وطوراً يكون باتفاق بين الدائن الأصلي والدائن الجديد يستوفى بموجبه الأول حقه من الثاني ويحله محله فيه (م ٣٢٧ مدني) ، أو باتفاق بين المدين والدائن الجديد يقتصر بموجبه الأول مالا من الثاني يوفى به الدين ويحل المقرض محل الدائن الذي استوفى حقه ، على أن يذكر في عقد القرض أن المال المقرض قد خصص لوفاء الدين وفي المخالصة أن وفاء الدين كان من هذا المال المقرض (م ٣٢٨ مدني) .

ومن حيث الآثار التي تترتب على كل من الحوالة والحلول ، يرجع الدائن الجديد في حوالة الحق على المدين بكل الحق ، لأنه يكون إما قد اشتراه من الدائن القديم ، أو وهب له منه . أما في الوفاء مع الحلول ، فلا يرجع الدائن الجديد إذا كان قد وفى الحق بأقل من قيمته إلا بمقدار ما وفى وليس بكل الحق ، لأنه بعيد عن فكرة المضاربة ، فلا يأخذ إلا بمقدار ما أعطى (١) .

وسنعود ببيان أوفى إلى المقارنة بين الوفاء مع الحلول وحوالة الحق (٢) . وننتقل الآن ، بعد هذه المقارنات العاجلة ، إلى تفصيل أحكام الحوالة ، بادئين بحوالة الحق ، ونعقبها بحوالة الدين .

(١) انظر في كل ذلك حتى باج ٣قرة ٣٧٧ .

(٢) انظر ما يلي ققرة ٤٠٦ — ققرة ٤٠٩ .

الكتاب الأول

حوالة الحق^(*)

(Cession de creance)

٢٤٥ — أطراف حوالة الحق : في حوالة الحق ، يتفق الدائن مع أجنبي على أن يحول له حقه الذي في ذمة المدين ، فيحل الأجنبي محل الدائن في هذا الحق نفسه بجميع مقوماته وخصائصه كما قلنا .

ويسمى الدائن محيلا (cedant) لأنه يحيل الأجنبي بالحق الذي له على المدين .
ويسمى الأجنبي وهو الدائن الجديد محالا له (cessionnaire) لأن الدائن أحاله بحقه .

ويسمى المدين محالا عليه (cédé) ، لأن الدائن الأصلي أحال عليه الدائن الجديد .

(*) مراجع : أوربي ورو ٥ فقرة ٣٥٩ وفقرة ٣٥٩ مكررة — بودوي وسيليا فقرة ٧٤٨

وما يملها — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٠٥ وما يملها — بيدان ودى لاجريس ١١ فقرة ٣٥٢ وما يملها — دى باج ٣ فقرة ٣٧١ وما يملها — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٣٠٨ — فقرة ١٣١٠ وفقرة ١٦٩٦ — فقرة ١٧٤٠ — كولان وكاييتان ودى لامورانديير ٢ فقرة ٦٢٢ — فقرة ٦٤١ — جوسران ٢ فقرة ٨٠٢ — فقرة ٨٢٦ — كامبيون (Campion) في علم النير بحوالة الحق غير المطلقة رسالة من ليل سنة ١٩٠٩ — لاپ (Lapp) بحث في حوالة القعد الملتزم للجانبين إلى خلف خاص رسالة من ستراسبورج سنة ١٩٥٠ انسيكلويدى دالورز (Cession de Créance) .

الأستاذ شفيق شحاته في حوالة الحق في قوانين البلاد العربية — الأستاذ عبد الحى حجازي ٣ ص ٢٤١ — ص ٢٦٧ — الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام ص ٣١١ — ٣٢٢ .
الموجز المؤلف ص ٥٢٧ — ٥٤٨ — الأستاذ أحمد حشمت أبوستيت ص ٥٣٩ — ص ٥٦٠

٢٤٦ - الأغراض المختلفة لحالة المحو: وحالة الحق، وإن كانت

صورتها واحدة لا تتغير، متنوعة الأغراض والمقاصد. فقد يقصد الدائن أن يبيع حقه من المحال له الدائن الجديد، وقد يقصد أن يهبه إياه، أو يرهنه عنده، أو يوفى به ديناً عليه لهذا الدائن الجديد فتكون الحالة وفاء بمقابل لهذا الدين. والعبرة بالإرادة الحقيقية للمحيل والمحال له، والتعرف على هذه الإرادة مسألة واقع تقلدها محكمة الموضوع دون تعقيب عليها من محكمة النقض (١).

(١) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٠٧ ص ٤٨٥ - أنسيكلويدى دالوز (Cession de Créance) فقرة ٧ - فقرة ٩ وفقرة ١٢ - وقد نصت محكمة النقض بأنه إذا كانت الحالة بائناً حاصلية يقصد الوفاء للمحال، فإنها تنقل إليه الملكية في الدين، ويكون للمحال أن يباشر موجهها التنفيذ... متى استخلصت المحكمة استقلالاً سائماً من أوراق الدعوى وظروفها أن المقصود من الحالة إنما كان استيفاء المحال حقاً له قبل المحيل من الدين المحال بطريق التنفيذ بمقتضى عقد الحالة الرسمى الذى أحله عمل الدائن في كل ماله من حقوق قبل المدين، فإن المجادلة في ذلك لا تكون إلا مجادلة موضوعية (نقض ملف ١٣ فبراير سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ٩٩ ص ٣١٧).

وأياً كان الفرض من الحالة، فهناك قواعد عامة تنطبق على كل حالة، فيما كانت أو هبة أودعها أو وفاء بمقابل أو غير ذلك، كاتفاق المحيل مع المحال له على الحالة وكيف تصير الحالة نافذة في حق المحال عليه وفي حق الغير. ثم ينفرد بعد ذلك كل عقد بالقواعد الخاصة به، فالبيع يقتضى الشئ والضمان، والهبة تقتضى نية التبرع، والوفاء بمقابل يقتضى وجود دين في ذمة المحيل للمحال له يوفيه بالحالة، والرهن يقتضى أيضاً وجود دين في ذمة المحيل للمحال له يرهن فيه المحيل حقه من طريق الحالة. والأهلية اللازمة للحالة هي الأهلية اللازمة للعقد الذى تنطوى عليه فقد تكون أهلية التصرف أو أهلية التبرع بحسب الأحوال (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٠٧ ص ٤٨٥ - الأستاذ شفيق شحاتة في حوالة الحق في قوانين البلاد العربية ص ١٧). وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتى: «وإذا كان الغالب في هذه الحالة أن تتم في مقابل مبلغ من المال يؤدى بوصفه تمناً، وأن تتوافر فيه مقومات البيع من هذا الوجه، إلا أنها قد تمتد أحياناً للاحتياض فتكون وفاء بمقابل، وقد يفتى فيها المقابل فتكون هبة. وقد يقع أن يقصد منها إلى مجرد إنشاء تأمين خاص، وفي هذه الحالة تنشأ للمحال رهناً، ولا يترتب عليها نقل الملك في الحق المحال به. ومرجع الحكم في كل أولئك هو نية المتعاقدين. ويضرب على هذا أن تمييز القواعد الواجب تطبيقها في هذا الشأن ينطاط بطبيعة التصرف الذى يزمع عقده. وإذا كان من بين هذه القواعد ما يمتنع تطبيقه في جميع الأحوال دون تفریق، كما هو الشأن فيما يتعلق بالإجراءات الخاصة بتنفيذ الحالة في حق الغير، فبعض قواعد أخرى يختلف حظها من التطبيق تبعاً لطبيعة المقصود، ومن ذلك مثلاً قواعد الضمان. ونفى عن البيان أن الثلاثة الأولى من تلك القواعد ترتفع عن الخصوصيات على نحو يؤهلها لأن-

قد يقصد الخيل أن يبيع حقه من المحال له ، وعند ذلك يتقاضى ثمناً لهذا الحق ، ويكون عليه ضمان البائع . وفائدته من ذلك أن يكون في حاجة عاجلة إلى المال ، فيحصل عليه من المحال له ثمناً لحقه الذي لم يحل أجله . وقد يكون الحق قد حل أجله ، ولكن قامت صعوبات عملية أمام الخيل للحصول على حقه من مدينه ، فيحول هذا الحق للمحال له ويكون هذا عادة أقدر على تقاضى الحق من المدين . أما فائدة المحال له من شراء الحق فهو ما يجنيه من الكسب ، إذ هو لا بد في تقدير الثمن مستنزل في القليل فوائد الحق إلى يوم حلوله ، وقد يستنزل مقداراً أكبر إذا قدر أن هناك صعوبات عملية في الحصول على الحق من المدين وأنه سيتجشم جهداً ومالاً ووقتاً قبل أن يصل الحق إليه . فالمحال له يكون عادة في حالة البيع مدفوعاً بفكرة المضاربة (speculation) ، يستهدف بعض المخاطر سعياً وراء الربح والكسب .

وقد يقصد الخيل أن يهب الحق له ، وتختلف هذه الحالة عن سابقتها كل الاختلاف . فالخيل مسوق بنية التبرع ، لم تدفعه حاجة إلى المال ، ولم يخفزه على النزول عن حقه صعوبات في الحصول عليه . وكذلك لا يكون المحال مطلوباً على فكرة المضاربة ، فهو يتلقى تبرعاً لا يدفع فيه ثمناً .

وقد يقصد الخيل أن يرهن الحق عند المحال له (١)، فقد يكون في حاجة إلى المال وحقه في ذمة مدينه لم يحل أجله ولا يريد بيعه ، فيعتمد إلى اقتراض حاجته من المحال له رهنًا عنده حقه . فإذا حل أجل القرض ، فأما أن يكون الخيل مستطيعاً رده للمحال له فيفك الرهن عن حقه المرهون (٢)، وإما ألا

« تشغل مكاناً طبيعياً في نطاق النظرية العامة للالتزام . ولهذا العلة اقتصر المشروع في هذا المقام على الوقوف لدى الأحكام الخاصة بانتقال الالتزام في ذاته (انظر للمادة ٤١٣ من التقنين الألماني والمادة ١٠٧٨ من التقنين البرازيلي) دون أن يمتد في ذلك بسبب الانتقال أو ترتيب الحق ، فيما كان أو حبة أو مقايضة أو شركة أو رهنًا » (مجموعة الأعمال التفسيرية ٣ ص ١٠٩ — ص ١١٠) .

(١) استئناف مصر ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٣٦ الحاماة ١٧ رقم ٢٦٤ ص ٥٤٤ — استئناف مخطوط ١٣ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٧٩ — ١٦ مايو سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٧٠ .
(٢) استئناف مخطوط ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٢٠ م ٣٣ ص ١١٢ .

يكون مستطعياً رد القرض فينفذ المحال له على الحق المرهون وفقاً للأحكام المقررة في رهن الدين (١) (م ١١٢٣ - ١١٢٩ مدني). بل تجوز حوالة حق واحد مرتين ، الأولى على سبيل الرهن والأخرى على سبيل البيع ، فيكون حق المحال له المشتري في الحوالة الثانية خاضعاً لحق المحال له المرتهن في الحوالة الأولى (٢).

وقد يكون على المحيل للمحال له دين سابق أو لاحق للحق الذي له في ذمة مدينه، ويحل أجل هذا الدين . فلا يجد المحيل أمامه طريقاً للوفاء بدينه للمحال له خيراً من أن ينزل له عن حقه في مقابل هذا الدين ، ويرضى المحال له بالحوالة ، فيكون قد استوفى حقه في ذمة المحيل بحق المحيل في ذمة المحال عليه . وهذا هو الوفاء بمقابل (٣) .

(١) وكل المحال له المرتهن أن يحدد قيد الرهن الفاسد للحق محل الحوالة حتى قبل أن تصبح الحوالة نافذة في حق الغير (استئناف مخطوط ١٧ يونيو سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٣٥٨) . أما إذا استوفى المحال له حقه الذي ارتهن فيه الحق محل الحوالة ، فالتزام تجديد القيد يقع على المحيل بعد ذلك (استئناف مخطوط ٢٤ فبراير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٢٧٠) . ويورد لمحيل بوجه عام القصة الكاملة في أن يصح أي إجراء بشأن الحق (استئناف مخطوط لنفس الحكم السابق) . وللمحال له المرتهن أن يستوفى كل الحق محل الحوالة ولو زاد على حقه المفسون بالرهن ، ثم يرد الزيادة إلى المحيل الراهن (استئناف مخطوط ٢٦ مايو سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٨١) . ولا يجوز للمحال له المرتهن أن يحول الحق محل الحوالة إلى محال له ثان بأقل من قيمته دون رضاه المحيل الراهن (استئناف مخطوط ١٦ مايو سنة ١٩٤٥ م ٥٢ ص ٢٧٠) .

(٢) استئناف مخطوط ٢٣ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٢٣ .

(٣) استئناف مخطوط ١٩ فبراير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٣٢٧ — ١٥ مايو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣٣١ — أول أبريل سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ١٧٨ — ٢٧ أبريل سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٢٨٩ .

هذا وقد يقصد بالحوالة أغراض أخرى : فقد تكون الحوالة مقايضة ، فيحول المحال له إلى المحيل حقاً في مقابل الحق الذي حوله له (هيك ١ فقرة ٢٦٦) . وقد تكون الحوالة قرصاً ، فيقبض المحال له الحق من المحال عليه حل أن يرد مثله إلى المحال له في الأجل المضروب . وقد تكون الحوالة شركة ، فيفخ المحيل حصته في الشركة التي حوله لها . وقد تكون الحوالة وكالة بالقبض بقصده التحصيل ، فيكون المحال له وكيلاً عن المحيل في تحصيل الحق محل الحوالة ، وتقديم حساب عنه للمحيل (نقض مدني ٢٢ يناير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٥٥ ص ٣٧٥) . فإذا كان سنة الدين محرراً لأمر وإذن للدائن ، وحوله هذا تحويلاً لم يذكر فيه تاريخه ولا أن القيمة وصلت ، كان تحويلاً ناقصاً لا يوجب انتقال الملكية للمحال له ، بل يعتبر توكيلاً في قبض السنة محلاً بالمادة ١٣٥ تجاري، فيجوز أن توجه للمحال -

٢٤٧ - أركان حوالة الحق والاستانة التي تترتب عليها : ونبحث في حوالة الحق في فصلين متعاقبين : (أولا) أركان الحوالة - (ثانيا) الآثار التي تترتب عليها .

— جميع الدفوع التي يجوز التحمل بها قبل الحمل : استئناف وطني ٨ مارس سنة ١٩٠٨ المجموع الرسمية ٩ رقم ١٢٥ ص ٢٩٢ — ٦ ديسمبر سنة ١٩١٣ المجموع الرسمية ١٥ رقم ٣٨ ص ٧٨ — ١٥ يناير سنة ١٩٢٣ المحاماة ٣ رقم ٦٧ ص ١٢٣ — طنطا ٤ مارس سنة ١٩٢٣ المحاماة ٣ رقم ٢٧٧ ص ٣٥٢ — مصر ١٨ مايو سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٥ رقم ٥١ ص ١٠٦ المطاوعين ٥ أبريل سنة ١٩٣١ المحاماة ١٣ رقم ٢٢٢ ص ٤٤٦ — وقضى بأن اشترط ذكر عبارة « القيمة وصلت » في التحويل ليكون تاما إنما حله السندات التجارية : بني مزارة ٢٥ مايو سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ١٨٨ ص ٥١٢ . وإذا اعتبر التحويل الحاصل من الدائن توكيلا قط لعدم النص على وصول القيمة ، فإن هذا لا يمنع المحال له من رفع الدعوى باسمه الشخصي على المحال عليه وتقاضي الدين باسمه خاصة ، وكل ما للدين في هذه الحالة هو أن يدفع قبل المحال له بالدفع التي له قبل الحمل (طنطا ١٦ فبراير سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ٩٣ ص ١٨٢) . وعدم ذكر ثمن الحوالة لا يجعلها باطلة ، فقد تكون هبة أو رجنا أو وفاة بمقابل أو غير ذلك ، وتعتبر في أقل تقدير وكالة بالتفويض لتحويل الحق محل الحوالة (استئناف مخطوط ٢٤ مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٢٩٣ — ١٤ يونيو سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٣٦٣ — ٦ نوفمبر سنة ١٩٤١ م ٥٤ ص ٦ — ١٢ مايو سنة ١٩٤٩ م ٦١ ص ١٢٢) . ولكن إذا كانت الحوالة ضمانا لاعتماد يفتح في مصرف ، وجب أن يذكر مقدار هذا الاعتماد حتى تكون الحوالة صحيحة ، لأن المحال له ليس له في الحوالة إلا هذا المقدار (استئناف مخطوط ١٠ يونيو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٤٤) .

الفصل الأول

أركان حوالة الحق

٢٤٨ — أركان حوالة الحق هي أربعة الاتفاق بوجه عام : حوالة

الحق هي ، كما قدمنا ، اتفاق بين المحيل والمحال له على تحويل حق المحيل الذي في ذمة المحال عليه إلى المحال له . فأركان هذه الحوالة هي أركان أى اتفاق (convention) يتم بين طرفين ، وأركان الاتفاق هي نفس أركان العقد .

ومن ثم تكون أركان حوالة الحق هي التراضي والمحل والسبب . ولا بد أن صدر الرضاء من ذى أهلية له حسب العقد الذى تنطوى عليه الحوالة من بيع أو هبة أو رهن أو وفاء بمقابل أو غير ذلك ، وأن يكون خالياً من صيوب الإرادة من غلط وتدليس وإكراه واستغلال (١) . كذلك يجب أن تتوافر في المحل شرائطه العامة ، وعمل حوالة الحق هو الحق الذى في ذمة المحال عليه للمحيل ، وهناك شرائط خاصة بهذا المحل هي التى سنعرض لها هنا . والسبب في الحوالة هو الباعث الذى دفع المحيل والمحال له إلى إبرامها ، أى الباعث الذى دفعهما إلى البيع أو الهبة أو الرهن أو الوفاء بمقابل أو غير ذلك من الأغراض المختلفة التى تحققها الحوالة (٢) .

ومحيل في كل ما قدمناه على القواعد العامة التى سبق بسطها فيما يتعلق بالعقد ، فحوالة الحق ليست إلا عقداً أو اتفاقاً (٣) . وتكتفى هنا ببعض مسألتين :

(١) ويعتبر غلطاً جوهرياً أن يكون الرهن الضامن للحق المحال به قد سقط دون أن يعلم المحال بسقوطه (استئناف مخطوط ٧ أبريل سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٣٣) . ويعتبر تدليساً ألا يطلع المحال على مركزه على المركز الصحيح لحقه في قائمة التوزيع ، ليحمله بذلك على أن يحول له هذا الحق (استئناف مخطوط ٣٠ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٢٣٣) .

(٢) وتعتبر الحوالة في القوانين الجرمانية مصدراً لالتزام مجرد .

(٣) والحوالة اتفاق لأنها تنقل الالتزام ، ولا تنشئه كالعقد . على أنه لا توجد أهمية عملية في التمييز ما بين الاتفاق والعقد . وسنعود إلى هذه المسألة : أنظر ما على فقرة ٢٦٣ .

(١) محل الحوالة ، وذلك لبحث الشرائط الخاصة بحوالة الحق التي سبقت الإشارة إليها . (٢) التراضي ، وذلك لتعدد أطراف الحوالة فنرى ممن يصدر التراضي ، ومتى تتعد الحوالة ، ومتى تنفذ في حق المحال عليه وفي حق الغير .

الفرع الأول

محل حوالة الحق

٢٤٩- النصوص القانونية: تنص المادة ٣٠٣ من التقنين المدني

على ما يأتي :

« يجوز للدائن أن يحول حقه إلى شخص آخر ، إلا إذا حال دون ذلك نص القانون أو اتفاق المتعاقدين أو طبيعة الالتزام . وتم الحوالة دون حاجة إلى رضا المدين » .

وتنص المادة ٣٠٤ على ما يأتي :

« لا يجوز حوالة الحق إلا بمقدار ما يكون منه قابلاً للحجز (١) .

وتقابل هذه النصوص في التقنين المدني السابق المادة ٣٤٩/١ و٢ وطني والمادة ٤٣٥ مغلط (٢) .

(١) تاريخ النصوص :

م ٣٠٣ : ورد هذا النص في المادة ٤٢٧ من المرسوم التمهيلي حل وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين الجديد ، ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣١٥ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٣٠٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١١١ و ص ١١٤) .

م ٣٠٤ : ورد هذا النص في المادة ٤٢٩ من المشروع التمهيلي حل وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا بعض اختلاف لفظي طفيف ، عدل في لجنة المراجعة ، وأصبح رقم النص ٣١٦ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٣٠٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١١٤ — ص ١١٥) .

(٢) التقنين المدني السابق : م ١/٣٤٩ و٢ وطني (ذكرينو ٢٦ مارس سنة ١٩٠٠) : لا تنتقل ملكية الديون والحقوق الميعة ولا يعتبر بيعها صحيحاً إلا إذا رضى المدين بذلك بموجب كتابة . فإن لم توجد كتابة مشتملة على رضا المدين بالبيع ، لا تقبل أوجه ثبوت عليه غير المبين . م ٣٥ مغلط : تنتقل ملكية الحق المبيع من البائع إلى المشتري بمجرد تراضيها .

وستنقل في مكان آخر حل نصوص التقنين المدني السابق فيما يتعلق برضاء المدين .

وتقابل في التقنيات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري
المادتين ٣٠٣ - ٣٠٤ - وفي التقنين المدني الليبي المادتين ٢٩٠ - ٢٩١ - مدني
التقنين المدني العراقي المادتين ٣٦٢ و ٣٦٤ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني
المادتين ٢٨٠ - ٢٨١ (١).

ويتبين من النصوص المتقدمة أن حوالة الحق محلها حق الدائن ، فهذا الحق
الشخصي هو الذي ينقل بالحوالة من الدائن الأصلي إلى الدائن الجديد .
والأصل أن كل حق شخصي قابل للحوالة ، ومع ذلك لا يكون قابلاً لها في
بعض حالات استثنائية . فنستعرض الأصل ، ثم نورد الاستثناءات .

(١) التقنيات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري : م ٣٠٣ - ٣٠٤ (مطابقتان للمادتين ٣٠٣ - ٣٠٤ من
التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني الليبي : م ٢٩٠ - ٢٩١ (مطابقتان للمادتين ٣٠٣ - ٣٠٤ من
التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي : م ٣٦٢ و ٣٦٤ (مطابقتان للمادتين ٣٠٣ - ٣٠٤ من
التقنين المدني المصري) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني : م ٢٨٠ : يجوز الدائن أن يتفرغ لشخص آخر من دين
له ، إلا إذا كان هذا التفرغ ممنوعاً بمقتضى القانون أو بمقتضى مشيئة المتعاقدين أو لكون
الموجب شخصياً محضاً وموضوعاً بين شخصين معينين على وجه لا يقبل التغير .

م ٢٨١ : ويجوز التفرغ عن حقوق مطلقة يظرف ما وإن تكن استقبالية محضة . ويصح
التفرغ عن حق متنازع عليه أقيمت دعوى الأساس في شأنه ، بشرط أن يرضى المدينون الذي
تفرغ الدائن من دينه . وتبقى مفاعيل هذا التفرغ خاضعة من حيث الصلاحية لأحكام المادة
الثالثة من القانون الصادر في ١٧ شباط سنة ١٩٢٨ . حل أنه لا يمكن التخلص من التفرغ له
حين يكون لديه سبب مشروع في إحرازه الحقوق المتنازع عليها ، كأن يكون وارثاً مع التفرغ
أو شريكاً له في ملك أو دائناً له .

وهذه الأحكام تتفق مع أحكام التقنين المدني المصري . وفما يتعلق ببيع الحقوق المتنازع
عليها الذي وردت أحكامه في الفقرة الثانية من المادة ٢٨١ لبناني انظر المادتين ٤٦٩ - ٤٧٠
مصري ، وهي مسألة تخرج عن نطاق البحث . انظر في التقنين اللبناني الدكتور صبحي الحمصاني
في انتقال الالتزام في القانون المدني اللبناني ص ١٩ - ص ٢٥ .

(م ٢٩ - الوسيط)

٥ ا - الأصل العام - الحق الشخصي قابل للحالة

٢٥٠ - كل من شخص قابل في الأصل للحالة : الحق الشخصي (créance) أياً كان محله ، قابل في الأصل للحالة به من دوائه الأصل إلى دائن جديد .

ويغلب في حالة الحق أن يكون محل هذا الحق مبلغاً من النقود . ولكن يجوز أن يكون محل الحق أشياء مثلية غير النقود (١) . بل ويجوز أن يكون محل الحق عيناً معينة بالذات ، بشرط أن يكون الحق شخصياً لا عينياً (٢) . مثل ذلك الوعد ببيع دار ، يجعل للموعد له حقاً شخصياً قبل الواعد متعلقاً بهذه الدار ، فيجوز للموعد له أن ينزل عن هذا الحق لشخص آخر (٣) .

كذلك يجوز أن يكون محل الحق عملاً أو امتناعاً عن عمل (٤) . فيجوز للمستأجر ، وهو دائن للمؤجر بتمكينه من الانتفاع بالعين المؤجرة ، أن ينزل

(١) وذلك كسند تمهد موقفه بموجبه أن يورد قطعاً لشئونة الدائن ، فيجوز للدائن حوالة هذا السند استئناف غنطل ١٦ مايو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٢٠) .
(٢) أما التنازل عن الحقوق العينية فتخضع لإجراءات الشهر والتسجيل إذا كانت عقارية ، لا لإجراءات الحوالة (أوبري ودو ٢ فقرة ٢٠٩ وهامش رقم ١٢ — بودرى وسينيا فقرة ٧٥٥ — دي باج ٣ فقرة ٣٨١) .

(٣) أنسيلوبيدي دالوز Cession de créance فقرة ٥٩ وما بعدها — والمشتري لمحصل مستقبل دائن قبل ظهور المحصل ، فإذا نزل عن حقه الشخصي اتبعت قواعد حوالة الحق . أما بعد ظهور المحصل ، فإن حق المشتري يصبح حقاً عينياً ، إذ تنتقل ملكية المحصل للمشتري ولو قبل أن يتسلمه ، فإذا نزل عن حقه لشخص آخر اتبعت إجراءات نقل الحقوق العينية لا إجراءات الحوالة (قانون بلانيول وريبير وردوان ٧ ص ٤٨٩ هامش رقم ٣) .
ويجوز في البيع غير المسجل لمقارمين بالذات أن يحول المشتري حقه الشخصي وفقاً لإجراءات الحوالة لا لإجراءات التسجيل ، لأن البيع غير المسجل يقتصر على إنشاء حقوق شخصية ، فتكون قابلة للحالة (نقض مدني ٣ فبراير سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٧٦ ص ٥٩٤) .

(٤) لوران ٢٤ فقرة ٤٨٠ — هيك ١ فقرة ٣١٢ — جيلوار ٢ فقرة ٧٦٢ — بودرى وسينيا فقرة ٧٥٤ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١١٢ — عكس ذلك أوبري ودو ٤ فقرة ٣٥٩ .

عن حقه إلى شخص آخر ، وهذا هو التنازل عن الإيجار فظلمه التقنين المدني في المواد ٥٩٣ - ٥٩٥ و ٥٩٧ (١) . ويجوز لمشتري المتجر ، إذا اشترط على بائعه عدم المنافسة وهذا التزام بامتناع عن عمل ، أن ينزل عن المتجر الذي اشتراه لشخص آخر ، ويعتبر أنه قد نزل له في الوقت ذاته عن حقه الشخصي قبل البائع بعدم المنافسة . وإذا اشترط مالك العقار على جاره قيوداً في البناء ، كمنعه من مجاوزة جد معين في الارتفاع بالبناء أو في مساحة رقعته ، وكانت القيود حقوقاً شخصية ، وليست حقوق ارتفاق وفقاً للمادة ١٠١٨ مدني ، فإن هذه القيود تكون التزامات بالامتناع عن عمل ، ويجوز لمالك العقار عند زواله عن عقاره لشخص آخر أن ينزل له عنها مع العقار ، بل هي تنتقل حتماً معه وفقاً لقواعد الخلافة الخاصة (م ١٤٦ مدني) .

ويستوى كذلك ، في القابلية للحوالة ، أن يكون الحق مدنياً أو تجارياً ، أو أن يكون الحق مدوناً في سند مكتوب - حكم قضائي أو سند رسمي أو سند غير رسمي - أو غير مدون أصلاً ، فتجوز حوالة الحقوق التي لا دليل عليها إلا البينة أو القرينة . وكذلك تجوز حوالة الأوراق التجارية من كمبيالات وسندات وشيكات وحوالة الأسهم والسندات ، وإن كانت الحوالة في هذه الأوراق لها إجراءات خاصة كما سنرى .

ويستوى أخيراً ، في القابلية للحوالة ، أن يكون الحق منجزاً أو معلقاً على شرط (٢) أو مقترناً بأجل ، بل إن أكثر ما ترد الحوالة عليه هي الحقوق الموجلة (٣) .

(١) أما الإيجار من الباطن فهو إيجار المستأجر لحقه لا زواله عن هذا الحق ، فيختلف من التنازل عن الإيجار (أنظر دى ياج ٣ فقرة ٣٨٢) .

(٢) فيجوز للسماح أن ينزل عن حقه في السيرة إذا ما تمت الصفقة التي توجب له هذا الحق ، فهو في هذه الحالة ينزل عن حق معلق على شرط (أنسيكلوبيدي دالواز ١ cession de créance فقرة ٥١)

(٣) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيلي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١١٣ .

٢٥١ - الحقوق المستقبلية : وكما تجوز حوالة الحق المؤجل والحق

المعلق على شرط ، كذلك تجوز حوالة الحق المستقبل (١) . والفرق بين الحق المستقبل (*créance future*) والحق الشرطي (*créance conditionnelle*) هو ، كما قدمنا عند الكلام في الشرط ، أن الحق الشرطي له وجود قانوني في الحال ، وإن كان هذا الوجود غير بات وغير كامل ، فإذا ما تحقق الشرط أصبح الوجود باتا كاملا وبأثر رجعي من وقت نشوء الحق . وأما الحق المستقبل أو الحق الاحتمالي فليس له وجود قانوني في الحال ، وإنما هو حق يحتمل وجوده في المستقبل ، وإذا وجد فليس لوجوده أثر رجعي ، بل يوجد من وقت تحقق الواقعة التي أنشأته . وقد قدمنا أن الشرط في الحق الشرطي أمر عارض ، وهو وصف يدخل على الحق بعد تمامه وبعد أن تتكامل عناصره . أما الحق الاحتمالي فالواقعة التي تحقق وجوده هي عنصر جوهري فيه ، وليست أمراً عارضاً كالشرط . فالموصى له قبل موت الموصي حقه مستقبل احتمالي ، والشفيع قبل بيع العقار المشفوع فيه حقه كذلك مستقبل احتمالي (٢) .

ومن ثم كان تصور حوالة الحق المستقبل أو الحق الاحتمالي أصعب من تصور حوالة الحق الشرطي . ومن ثم أيضاً ذهب القضاء الفرنسي ، في بعض أحكامه ، إلى وجوب أن تتحقق عناصر الحق الاحتمالي ولو تحققاً جزئياً ، حتى يكون هذا الحق قابلاً للحوالة (٣) .

(١) وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٢٨١ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني صراحة على هذا الحكم ، فقضت بأنه « يجوز التفرض عن حقوق معلقة بنظر ما ، وإن تكن استقبالية محضة » . والنص الفرنسي للعبارة الأخيرة هو ما يأتي : "quand bien même ils seraient purement éventuels".

(٢) انظر آنفاً فقرة ١٦ .

(٣) فلا يجوز للمؤلف أن ينزل عن حقوقه قبل النشر إلا بعد إتمام عقد النشر ، ولا يجوز للمقاول أن ينزل عن حقه قبل صاحب العمل إلا بعد إبرام الصفقة معه (محكمة النقض الفرنسية ٧ أغسطس سنة ١٨٤٣ سيرة ٤٣ - ١ - ٧٧٥) .

وانظر بودرى سينا فقرة ٧٦٠ - فقرة ٧٦٢ - أنسيلويني دالوز ١ cession de créance فقرة ٧٠ - فقرة ٧٧ .

ولكن الفقه الفرنسي بوجه عام ، ومعه كثير من أحكام القضاء في فرنسا ، ذهب إلى جواز حوالة الحق الاحتمالي حتى قبل أن يتحقق أى عنصر من عناصره (١) . وهذا هو رأى الصحيح ، فان التعامل فى الأشياء المستقبلية جائز ، والحوالة ليست إلا ضرباً من ضروب التعامل ، فتجوز تأسيساً على ذلك حوالة الحق المستقبل أو الحق الاحتمالى .

ويؤيد هذا رأى فى التقنين المدنى المصرى نصان : (أولهما) المادة ٩٤٨ وتنص على أن « يسقط الحق فى الأخذ بالشفعة . . . إذا نزل الشفع عن حقه فى الأخذ بالشفعة ولو قبل البيع » . فهنا النزول — وإن كان إسقاطاً لا حوالة — يرد على حق احتمالى . (والنص الثانى) المادة ١٠٤٠ وتقضى بأنه « يجوز أن يترتب الرهن ضماناً لدين معلق على شرط أو دين مستقبل أو دين احتمالى » . فهنا أيضاً للحق الاحتمالى كيان يسمح بأن يترتب له ضمان ، فيصح إذن أن يكون محلاً للتعامل (٢) . وقد ذهب القضاء فى مصر إلى جواز أن يحول مالك العقار مقدماً للبيع الذى ينتجه عقاره فى المستقبل ، وتكون هذه الحوالة سارية حتى فى حق الدائنين المقيدين قبل الحوالة (٣) . وذهب أيضاً إلى جواز أن يحول المفاوض إلى أحد المصارف الأجرة التى تستحق له فى نظير الأعمال التى سيجهدها إليه صاحب العمل ، وذلك ضماناً لحساب جار يفتحه له المصرف (٤) .

(١) أوبرى ورو . لفرة ٣٥٩ ص ١٣٣ — هيك ١ لفرة ١٥٩ ولفرة ١٧٥ — جيلوار ٢ لفرة ٧٥ — ديموج فى مقال له فى المجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩٠٥ و سنة ١٩٠٦ — فال فى تعليق له فى سيريه ١٨٩٦ — ٢ — ١٨٥ — بلانول وريبير وردوان ٧ لفرة ١١١٤ ص ٤٩٣ — ص ٤٩٤ — محكمة النقض الفرنسية ١٧ مارس سنة ١٨٩١ سيريه ٩٥ — ١ — ٤٤٤ — ٢٩ يونيو سنة ١٩٠٨ دالوز ١٩٠٨ — ١ — ٤٦٣ — ١٣ نوفمبر سنة ١٩٢٨ دالوز الأسبوعى ١٩٢٨ — ٦٠٥ .

(٢) انظر فى هذا المعنى الأستاذ شفيق شحاتة فى حوالة الحق فى قوانين البلاد العربية ص ١٨ — وقانون الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ٢٤٧ — أما الموصى له فلا يجوز أن يتصرف فى الوصية قبل موت الموصى ، لجواز رجوع الموصى فى الوصية ، ولأن هذا تعامل فى تركة مستقبلية لم يجره القانون كما أجاز الوصية .

(٣) استئناف مخطط ٢٦ نوفمبر سنة ١٨٩٠ م ٣ ص ٢٧ .

(٤) استئناف مخطط ٢٨ نوفمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٤٥ — ويجب إعلان هذه الحوالة لصاحب العمل حتى تغد فى حقه ، ولا يكتفى بإعلانها لوكيل عنه تقتصر وكالته على رقابة العمل ودفع الأقساط للمفاوض (استئناف مخطط ١٧ ديسمبر سنة ١٩٢٥ م ٣٨ ص ١٠٣) .

٢٥٢ - حوالة الحقوق الناشئة من عقود ملزمة للجانبين : في العقد

الملزم للجانبين يكون كل متعاقد دائماً ومدينّاً في وقت واحد . ففي عقد الإيجار مثلاً ، المستأجر دائن للمؤجر بتمكينه من الانتفاع بالعين المؤجرة ، ومدين له بالأجرة . وفي عقد التوريد ، المورد دائن بالثمن ، ومدين بتوريد ما تعهد بتوريده . وفي عقد المقاولة ، المقاول دائن بالأجرة ومدين بالعمل . وفي عقد التأمين ، المؤمن له دائن بمبلغ التأمين ، ومدين بالأقساط . وهكذا . فهل يجوز هؤلاء الدائنين المدينين أن يحولوا لغيرهم ما لهم من حقوق ، مع استبقاء ما في ذمتهم من التزامات ؟

لا شك في أنه يجوز لهم ، في التقنين المدني الجديد ، بفضل حوالة الحق وحوالة الدين معاً ، أن يحولوا العقد كله للغير ، فيحولوا حقوقهم وفقاً لأحكام حوالة الحق ، ويحولوا ديونهم وفقاً لأحكام حوالة الدين (١) .

ولكن هل يجوز لدائن من هؤلاء أن يقتصر على حوالة حقه مع استبقاء الدين في ذمته ؟ وهل يجوز للمستأجر أن يحول حقه بالنسبة إلى العين المؤجرة ، مع استبقاء الأجرة في ذمته ؟ وهل يجوز للمورد أن يحول حقه في الثمن ، مع بقاءه ملتزماً بالتوريد ؟ وهل يجوز للمقاول أن يحول حقه في الأجرة ، مع بقاءه ملتزماً بالعمل ؟ وهل يجوز للمؤمن له أن يحول حقه في مبلغ التأمين ، مع بقاءه ملتزماً بدفع الأقساط ؟

في التقنينات التي تجبز حوالة الدين كما تجبز حوالة الحق ، كالتقنين المدني المصري الجديد ، لا تقوم حاجة عملية إلى حوالة الحق دون الدين ، فإن الأيسر على ذوى الشأن أن يحولوا الحقوق والديون جميعاً ، أى الالتزامات الناشئة من العقد الملزم من الجانبين . وقد نظم التقنين المدني المصري الجديد تنظيمًا

(١) وهذا ما يسيه الفقه الحديث في الوقت الحاضر بحوالة العقد ، وحوالة العقد ليست إلا حوالة مجموع الحقوق والالتزامات الناشئة من هذا العقد (انظر في حوالة العقد لاب Lapp في حوالة العقد الملزم للجانبين لخلف خاص رسالة من ستراسبوج سنة ١٩٥٠ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٤٧ مكررة — وانظر الأستاذ شفيق شحاتة في حوالة الحق في قوانين البلاد العربية فقرة ٤٨ ص ٤٢ — الأستاذ عبد الحى حجازي ٣ ص ٢٤٥ — وانظر في التقنين المدني الإيطالي الجديد المواد ١٤٠٦ — ١٤١٠) .

تشريعاً حوالة أحد العقود الملزمة للجانبين ، وهو عقد الإيجار ، باسم التنازل عن الإيجار . فأجاز للمستأجر التنازل عن الإيجار ، ولكن أبقاه ضامناً لالتزامات التنازل له إلا إذا صدر من المؤجر قبول صريح بالتنازل أو استوفى الأجرة مباشرة من التنازل له دون أن يبدى أى تحفظ في شأن حقوقه قبل المستأجر الأصلي (أنظر المواد ٥٩٣ و ٥٩٥ و ٥٩٧) مدنى (١) .

ولكن الحاجة العملية إلى الترخيص في حوالة الحق دون الدين إنما تقوم في التقنيات التي تنظم حوالة الحق دون أن تنظم حوالة الدين ، كالتقنين المدني الفرنسي (٢) . ففي هذه التقنيات لا يتيسر للمتعاقد ، وهو دائن ومدين في وقت واحد ، أن يحول دينه ، فهل يستطيع مع ذلك أن يحول حقه ؟ دعا إلى التشكك في هذا الأمر أن الحق والدين في العقد الملزم للجانبين مرتبطان أحدهما بالآخر ارتباطاً وثيقاً ، حمل بعض الفقهاء على القول بأنه لا فكاك بينهما ، وأنه لا يجوز فصلهما بتحويل أحدهما واستبقاء الآخر (٣) .

والصحيح أنه تجوز حوالة الحق دون الدين في الأحوال المقدمة الذكر . وإذا كان الحق والدين مرتبطين أحدهما بالآخر في العقد الملزم للجانبين ، فليس معنى ذلك أنها غير قابلين للتجزئة (٤) . وغنى عن البيان أن حوالة الحق دون الدين جائزة في التقنيات التي تنظم حوالة الدين كما تنظم حوالة الحق كالتقنين

(١) وقد ينظم التقنين تنظيمياً تشريعياً حوالة العقد الملزم للجانبين بما ينشئ من حقوق وديون ، حتى لو كان هذا التقنين لم ينظم حوالة الدين ، وذلك بفضل ما المشرع من سلطان تشريعي . وقد كان التقنين المدني المصري السابق لا ينظم حوالة الدين ، ومع ذلك نظم حوالة عقد الإيجار ، وأسماها هو أيضاً « التنازل عن الإيجار » .

(٢) وحتى في التقنيات التي نظمت حوالة الدين كما نظمت حوالة الحق ، كما هو شأن التقنين المدني المصري ، قد تقوم الحاجة إلى الترخيص في حوالة الحق دون الدين . ذلك أن المتعاقد ، في عقد ملزم للجانبين ، يستطيع باعتباره دائناً أن يحول حقه دون رضا المتعاقد الآخر ، ولكنه باعتباره مديناً لا يستغنى عن رضا هذا المتعاقد الآخر في تحويل دينه حتى تنفذ حوالة الدين في حق دائنه . فإذا لم يكن المتعاقد الآخر راضياً بالحوالة ، فلا مناص من أن يكتفى المتعاقد الأول بحوالة الحق دون الدين .

(٣) ديمولوسب ٢٤ فقرة ٢٨٢ .

(٤) بلانجيل وريبير وردوان ٧ فقرة ١١١٥ .

المدنى المصرى، وإذا كانت حوالة كل من الحق والدين جائزة فى هذه التقنيات، فأولى أن تجوز حوالة الحق وحده .

٢٥٣ - موالى الحقوق المتنازع فيها والحق الشخصى قابل للحوالة حتى لو كان حقاً بنازع فيه المدين . ويعتبر الحق متنازعا فيه إذا كان موضوعه قد رفعت به دعوى أو قام فى شأنه نزاع جدى (١) .

وإذا كانت حوالة الحق المتنازع فيه بيعاً ، فقد اعتبر المشرع المشتري ، وهو يتصيد الحقوق المتنازع فيها ، مضارباً قد وصل فى المضاربة حداً لا نحمد معه مسأيرته فيه . ومن ثم جعل للمدين الذى بنازع فى هذا الحق أن يتخلص من مطالبة المشتري ، إذا هو رد إليه الثمن الحقيقي الذى دفعه - ويكون عادة ثمناً بخساً - مع المصروفات وفوائد الثمن من وقت الدفع (م ٤٦٩ مدنى) . إلا أنه استثنى من هذا الحكم حالات لا تتمحض فيها فكرة المضاربة ، بل يكون للمشتري فى الصفقة التى عقدها مسوغ مشروع ، وذلك إذا كان الحق المتنازع فيه داخلاً ضمن مجموعة أموال يبيع جزأها بثمن واحد ، أو إذا كان الحق المتنازع فيه شائعاً بين ورثة أو ملاك وباع أحدهم نصيبه للآخر ، أو إذا نزل المدين للدائن عن حق متنازع فيه فى ذمة أجنبى وفاء للدين المستحق فى ذمته ، أو إذا كان الحق المتنازع فيه بثقل عقاراً ويبيع الحق لحائز العقار (٢) .

(١) استئناف مخطوط أول فبراير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٩٣ - وقد كان رضاء المدين ضرورياً لاعتقاد المحالة فى عهد التقنين المدنى الأهل السابق حتى لو كان الحق متنازعا فيه : نقض مدنى ١٩ يناير سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٥٥ ص ١٩٨ - استئناف مصر ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٢٨ المجموعة الرسمية ٣٠ رقم ٢٤ ص ٦١ - ٣١ مارس سنة ١٩٢٩ المجموعة الرسمية ٣٠ رقم ٨٣ ص ١٩٨ - ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٢٩ الممامة ١٠ رقم ١٤٥ ص ٢٩٣ - استئناف مخطوط ٦ يونيه سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٣٩٧ - ١٢ مايو سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٣٣١ .

(٢) وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٢٨٦ من تقنين الموجبات والعقود البنائى على ما يأتى : « ويصح التفرغ عن حق متنازع عليه أقيمت دعوى الأساس فى شأنه بشرط أن يرضى المدين الذى تفرغ الدائن عن دية . وتبقى مفاعيل هذا التفرغ خاضعة من حيث الصلاحية لأحكام المادة الثالثة من القانون الصادر فى ١٧ شباط سنة ١٩٢٨ . حل أنه لا يمكن التمسك من التفرغ له حين يكون لديه سبب مشروع فى إضراره الحقوق المتنازع عليها كأن يكون وارثاً مع التفرغ -

ولما كان بيع الحقوق المتنازع فيها ليس خاصاً بالحقوق الشخصية ، بل هو عام يشمل الحقوق الشخصية والحقوق العينية على السواء ، متى كانت حقوقاً متنازعة فيها على النحو الذى أسلفنا ذكره ، ثم هو مقصور على عقد البيع ، فإن هذه المسألة تخرج عن نطاق بحثنا ، فنكتفى هنا بما قدمناه ، وسنبعث المسألة فى تفصيل أوفى عند الكلام فى البيع .

٢٥٤ - **الحقوق العينية لا تكون له حوالة المحو** : وقد قدمنا أن الحق الذى يكون محلاً للحوالة لا بد أن يكون حقاً شخصياً . أما الحقوق العينية فتنتقل من صاحبها إلى غيره بطرق وإجراءات أخرى غير الطرق والإجراءات التى تتبع فى حوالة الحقوق الشخصية .

وأهم فرق بين الحق العيني والحق الشخصى فى هذا الصدد أن الحق العيني لا يتعلق بذمة مدين معين بالذات ، ومن ثم يتم نقله وبثقه بالاتفاق بين صاحب الحق ومن يتعاقد معه . أما النفاذ فى حق الغير ، فلا يمكن أن يكون ذلك بإعلان الاتفاق إلى مدين معين كما هو الشأن فى حوالة الحق ، ولكن بإجراءات أخرى . فإذا كان الحق العيني واقعاً على عقار ، حلت إجراءات التسجيل أو القيد محل إجراءات الإعلان . أما إذا كان الحق العيني واقعاً على منقول ، فإن القاعدة التى تقضى بأن الحيازة فى المنقول سند الملكية من شأنها أن تكفل لمن حاز المنقول حقه قبل الغير (١) .

= أو شريكاً له فى ملك أو دائناً له = . ويبدو من هذا النص أنه يجوز للمحال عليه ، التمسك من الحق المتنازع فيه بدفعه الثمن والفوائد والمصروفات ، ما لم يوجد عند المتفرغ له سبب مشروع فى شرائه الحق المتنازع فيه ، كأن يكون وارثاً مع المتفرغ أو شريكاً له فى ملك أو دائناً له كما يذكر النص . ومع ذلك قارن الدكتور صبحى الحمصانى فى انتقال الالتزام فى القانون المدنى اللبناني ص ٣٨ .

(١) بودى وسيفيا فقرة ٧٣٥ . وقد جاء فى المادة ٢٨٦ من تقنين الموجبات والمقود اللبناني أن قواعد الحوالة لا تطبق على التفرغ عن دين الدائن فقط ، بل تطبق أيضاً على التفرغ عن الحقوق بوجه عام ، إلا إذا كان فى القانون نص مخالف ، أو كان فى ماهية الحق ما يمنع تطبيقها . ويقول الدكتور صبحى الحمصانى فى هذا الصدد : « ولكن القانون اللبناني ، خلافاً لسائر القوانين العربية ، اعتبر قواعد حوالة الحق التى وضعها عامة تشمل أيضاً حوالة =

٥ ٢ - الاستثناءات - الحالات التي يكون فيها الحق

الشخصي غير قابل للحوالة

٢٥٥ - متى يكون الحق الشخصي غير قابل للحوالة: قلنا أن المادة

٣٠٣ مدني تقضي بأن الأصل في الحق الشخصي أن يكون قابلاً للحوالة، إلا إذا جال دون ذلك نص القانون أو اتفاق المتعاقدين أو طبيعة الالتزام، وأن المادة ٣٠٤ مدني تقضي بأنه لا يجوز حوالة الحق إلا بمقدار ما يكون منه قابلاً للحجز. فالحق الشخصي لا يكون إذن قابلاً للحوالة: (١) إذا كانت طبيعته تستعصي على الانتقال من دائر إلى دائر. (٢) إذا نص القانون على عدم قابليته للحوالة، ويعتبر النص على عدم قابلية الحق للحجز نصاً على عدم قابليته للحوالة بحكم المادة ٣٠٤ مدني. (٣) إذا اتفق المتعاقدان على أن الحق لا يجوز تحويله (١).

٢٥٦ - عدم القابلية للحوالة بسبب طبيعة الحق: قد يكون الحق

بسبب طبيعته متصلاً اتصالاً وثيقاً بشخص الدائن، فلا يمكن في هذه الحالة أن

= جميع الحقوق. فنص على أن القواعد المتقدم ذكرها لا تطبق على التفرغ من دين الدائن فقط، بل تطبق أيضاً على التفرغ من الحقوق بوجه عام، إلا إذا كان في القانون نص مخالف أو كان في ماهية الحق ما يمنع تطبيقها: م ٢٨٦. ومن أمثلة الحقوق التي وضع لها القانون أحكاماً خاصة الحقوق العميلة التي لا تنتقل إلا بتسجيلها في السجل العقاري وحقوق الملكية الصناعية والتجارية والفنية والأدبية التي يجب تسجيلها في الدائرة المختصة وما أشبه (انتقال الالتزام في القانون المدني اللبناني ص ٢٣ - ص ٢٤). ولتظاهر أن نص التقتين اللبناني مأخوذ من المادة ١٣ من التقتين المدني الألماني (انظر في التعليق على هذه المادة التعليقات على التقتين المدني الألماني جزء أول م ١٢٣ ص ٥٩٦ - ص ٥٩٧). وانظر الأستاذ شفيق شحاتة في حوالة الحق في قوانين البلاد العربية ص ٨ - ص ٩.

أما الحقوق العينية التبعية، كالرهن والاختصاص والامتياز، فننتقل تبعاً لحق الشخصي إلى من حول له هذا الحق، مع التأشير في القيد ليكون الانتقال نافذاً في حق الغير (استثناءات مختلط ٢٦ مايو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣٦٠ - ٢ مارس سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٢٦٩). (١) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيلي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣

ينزل عنه إلى شخص آخر . من ذلك حق الدائن في التفقة ، وحقه في التعويض عن الضرر الأدبي الذي لحق به ما دام لم يتحدد التعويض بمقتضى اتفاق أو يطالب به الدائن أمام القضاء (م ٢٢٢ / ١ مدني) . كذلك يعتبر حق الشريك في شركة الأشخاص ، وحق المزارع في المزارعة ، وحق المستأجر في إيجار اعتبرت فيه شخصيته ، ونحو ذلك من العقود المنظور فيها إلى شخصية المتعاقد (intuitu personae) ، كل هذه حقوق لا يجوز للدائن تحويلها إلى شخص آخر .

٢٥٧ - حرمة قابلية الحق للمعاملات به في القانون أو لعدم قابليته للمعجز

هناك حقوق شخصية عني القانون بالنص صراحة على عدم جواز حوالتها ، لاعتبارات ترجع في الغالب إلى أنها تتصل اتصالاً وثيقاً بشخص الدائن .

من ذلك حق المستعير في إستعمال الشيء المعار ، فقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٦٣٩ مدني على أنه لا يجوز للمستعير « دون إذن الميعر أن ينزل عن الاستعمال للغير ولو على سبيل التبرع » .

ومن ذلك حق المستأجر في الانتفاع بالعين المؤجرة ، فقد نصت قوانين الإيجار الاستثنائية على عدم جواز تنازل المستأجر عن حقه في الإيجار بغير إذن كتابي صريح من المالك وإلا جاز للمؤجر طلب الإخلاء (القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ المادة الثانية) ، وذلك لأن المشرع قد ضمن للمستأجر شخصياً السكن بأجرة مخفضة فلا يجوز لهذا اتخاذ هذه الميزة وسيلة للاستغلال بالنزول للغير عن الإيجار (١) .

ومن الحقوق التي لا تقبل الحوالة لطائفة معينة من الأشخاص ما نصت عليه المادة ٤٧١ مدني من أنه « لا يجوز للقضاة ولا لأعضاء النيابة ولا للمحامين

(١) الأستاذ سليمان مرقس في شرح قانون إيجار الأماكن طبعة ثانية فقرة ٤٦ ص ١٠٧ -
وعلى العكس من ذلك ، قد يباح للمستأجر في حالات استثنائية أن ينزل عن الإيجار ولو كان ممنوعاً من ذلك بشرط في العقد . فقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٥٩٤ مدني على أنه « إذا كان الأمر خاصاً بإيجار مقام أنثى به مصنع أو متجر ، واقتضت الضرورة أن يبيع المستأجر هذا المصنع أو المتجر ، جاز للمحكمة ، بالرغم من وجود الشرط المانع ، أن تقضى بإبقاء الإيجار ، إذا قدم المشتري ضماناً كافياً ولم يلحق المتجر من ذلك ضرر محقق » .

ولا لكتابة المحاكم أن يشتروا ، لا بأسمائهم ولا باسم مستعار ، الحق المتنازع فيه كله أو بعضه ، إذا كان النظر في النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دائرتها ، وإلا كان البيع باطلاً . فتحريم الحوالة هنا مقصور على عمال القضاء .

وقد قدمنا أن هناك حقوقاً تأتي طبيعتها أن تقبل الحوالة . وقد يتولى القانون بنص منه بيان هذه الحقوق . من ذلك ما نصت عليه المادة ٦٢٥ مدني من أنه « لا يجوز في المزارعة أن ينزل المستأجر عن الإيجار أو يؤجر من الباطن إلا برضاء المؤجر » . ومن ذلك ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة ٢٢٢ مدني من أنه « يشمل التعويض الضرر الأدبي أيضاً ، ولكن لا يجوز في هذه الحالة أن ينتقل إلى الغير إلا إذا تمحدد بمقتضى اتفاق أو طالب الدائن به أمام القضاء » .

ويلحق بالحقوق غير القابلة للحوالة بنص القانون الحقوق غير القابلة للحجز عليها بنص القانون ، وذلك بمقتضى المادة ٣٠٤ مدني كما سبق القول . من ذلك ما نصت عليه المادة ٤٨٦ مرافعات من أنه « لا يجوز الحجز على ما يحكم به القضاء من المبالغ المقررة أو المرتبة مؤقتاً للنفقة أو للصرف منها في غرض معين ، ولا على المبالغ والأشياء الموهوبة أو الموصى بها لتكون نفقة ، إلا بقدر الربع وفاء لدين نفقة مقررة » . ومن ذلك ما نصت عليه المادة ٤٨٨ مرافعات من أنه « لا يجوز الحجز على أجور الخدم والصناع والعمال أو مرتبات المستخدمين إلا بقدر الربع ، وعند التزام منحصر نصفه لوفاء ديون النفقة المقررة والنصف الآخر لما عداها من الديون » . ومن ذلك ما قضى به القانون من عدم جواز الحجز على مرتبات الموظفين والمستخدمين إلا بقدر الربع في نفقة أو في دين مستحق للحكومة بسبب الوظيفة (١) . وغنى عن البيان أن الحق الذي يكون

(١) وقد ربط القانون في الحقوق الشخصية بين عدم القابلية للحجز وعدم القابلية للحوالة ، وهذا بخلاف الحقوق العينية ، فإن الأصل العام فيها أن لا يجوز الحجز عليه من الأموال يجوز مع ذلك التصرف فيه . وينبغي على أن الحق الشخصي غير القابل للحجز لا يكون قابلاً للحوالة أن المبالغ المودعة في صندوق التوفير تصبح غير قابلة للحوالة ، لأن الحجز عليها ممنوع بنص القانون (الأستاذ شفيق شحاتة في حوالة الحق في قوانين البلاد العربية ص ٢٠) . وانظر : استئناف مخطوط ٢٥ مارس سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ١٧١ - ٢٧ نوفمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٣٠ . وقارن الأستاذين أحمد نجيب الحلال وحامد زكي في البيع فقرة ٦١٨ ص ٥٥٦ وص ٥٥٧ .

غير قابل للحجز عليه في شق منه فحسب ، لا تمتنع حوالة إلا في الحدود التي يكون فيها غير قابل للحجز (١) .

٢٥٨ - حرّم قابلية الحق للحوالة بائض المتاعدين : وقد يتفق المتعاقدان ، الدائن والمدين ، على أنه لا يجوز للدائن حوالة الحق الذي في ذمة المدين ، أو على أن الحوالة لا تجوز إلا برضاء المدين . ولما كانت قابلية الحق للحوالة ليست من النظام العام ، فإن الاتفاق على عدم قابليته للحوالة جائز (٢) . من ذلك اشتراط الموجر على المستأجر ألا ينزل عن الإيجار لغيره ، وتنص المادة ٥٩٣ مدني في هذا الصدد على ما يأتي : « للمستأجر حق التنازل عن الإيجار أو الإيجار من الباطن ، وذلك عن كل ما استأجره أو بعضه ، مالم يقض الاتفاق بغير ذلك » (٣) .

-
- (١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيلي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١١٤ .
 (٢) وكذلك كان الاتفاق — في عهد الصقنين المدني الأهل السابق حيث كانت الحوالة لا تمتد إلا برضاء المدين — على أن الحق يكون قابلاً للحوالة دون رضاء المدين اتفاقاً جازماً ، وكان النص في سند الدين على أنه تحت إذن الدائن بعد رضاء مقدماً بقبول الحوالة . انظر في ذلك :
 بني سويف ٢٩ مارس سنة ١٨٩٠ الحقوق ٥ ص ٥٠ — الاسكتوتية ١١ نوفمبر سنة ١٨٩٧ القضاء ٥ ص ٧٧ - جرجا ٢٤ مايو سنة ١٩٢٠ المجموعة الرسمية ٢٢ رقم ١٠٦ ص ١٦٩ - طنطا ٥ مارس سنة ١٩٢٣ الهامة ٣ رقم ٣٤٩ ص ٤١٨ - بني سويف ٢٨ يونيو سنة ١٩٣١ الهامة ١٢ رقم ٤٣٩ ص ٨٨٨ - استئناف مختلط ١١ فبراير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١٣٦ - أول مارس سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ١٤٦ - ٢٧ مارس سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١٨٤ - ٢٥ أبريل سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٣١١ - ٧ نوفمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ١٢ - ١٥ مايو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٩ - ١١ فبراير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٢٠ - ٣٠ يونيو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٥٢٤ - ٢٥ مارس سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٠٩ - ١٧ نوفمبر سنة ١٩٢٦ م ٣٩ ص ١٣ - ٢٢ مارس سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٢٤٥ - ١٤ يونيو سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤٣٢ - ١٣ ديسمبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ٢٨ - ٢٨ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٣٠ - ٢٨ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٣٨ - ١٣ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٩٤ - ١٣ مايو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٩٠ - ٤ فبراير سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٩٤ .
 (٣) انظر أيضاً استئناف مختلط ١٨ يونيو سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٢٤٥ ، ويقضى الحكم بعدم جواز حوالة ما تودعه الشركة لحساب المستخدم في صندوق الادخار تحت شرط عدم جواز حوالة (الأستاذ شفيق شحاتة في حوالة الحق في قوانين البلاد العربية ص ٢١ هامش رقم ١) . =

ويعد أن جعل التقنين المدنى الجديد حوالة الحق جائزة بغير رضاء المدين ، أصبح للمدين ، إذا كان لا يريد الحوالة دون رضائه ، أن يشترط فى عقد الاتفاق على المدين منذ البداية عدم جواز حوالة هذا الحق . وهذا الشرط جائز معتبر ، لأن النظام العام ، كما قلنا ، لا يقتضى منعه (١) . وهذا بخلاف حق التصرف فى الحقوق العينية ، فان النظام العام يقتضى التصديق من منع التصرف فيها حتى يسهل تداول الأموال (٢) . ومن ثم كان شرط منع التصرف فى المال مقيداً بوجوب قيامه على بائع مشروع وبقصره على مدة معقولة . وقد نصت المادة ٨٢٣ مدنى فى هذا الصدد على ما يأتى : ١٥ - إذا تضمن العقد أو الوصية شرطاً يقضى بمنع التصرف فى مال ، فلا يصح هذا الشرط ، ما لم يكن مبنياً على بائع مشروع ومقصوراً على مدة معقولة . ٢ - ويكون البائع مشروعاً متى كان المراد بالمنع من التصرف حماية مصلحة مشروعة للمتصرف أو للمتصرف إليه أو للغير . ٣ - والمدة المعقولة يجوز أن تستغرق مدى حياة المتصرف أو للمتصرف إليه أو للغير (٣) .

= ومن أمثلة عدم جواز الحوالة بموجب الاتفاق على ذلك عدم جواز النزول من الاشتراك فى السكة الحديدية وعدم جواز النزول من تذكرة الإياب إذا أخذ المسافر تذكرة ذهاب وإياب معاً (الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٧٢١) .

(١) ويبدو أن شرط عدم جواز الحوالة يخلل ضمن الدفوع التى يستطيع المدين أن يتمسك بها ضد الحال له كما يتمسك بها ضد الهيل ، ولو لم يكن الحال له عائلاً بالشرط (٣١٢ م مدنى) . وقد كان الحال له يستطيع ، قبل التصاقد على الحوالة ، أن يستعلم من المدين عن الدفوع التى له ضد الحق الذى يراد تحويله ، فإن كتم المدين عنه شيئاً من هذه الدفوع ، أو لم يخبره أن الحق مشروط فيه عدم جواز حوالاته غشا منه ، فمنذ ذلك لا يمتد بعدم قابلية الحق للحوالة ، لا لأن شرط عدم جواز الحوالة غير سار فى حق الحال له ، بل للثبوت الذى ارتكبه المدين (قارن الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ٢٤٩) .

(٢) المقصود بالمال هنا الملكية والحقوق العينية دون الحقوق الشخصية . ذلك أن من ينشئ حقاً شخصياً له أن ينفثه على الوجه الذى يرضيه ، فالحق لم يكن موجوداً قبل إنشائه ، فله أن يوجد غير قابل للحوالة . أما من ينتقل حقاً عينياً ، فإنه يتعامل فى شيء موجود فى التداول ، وليس من حقه أن يتبدله إلا لمسوخ مشروع ولمدة معقولة .

(٣) قارن الأستاذ شفيق شحاتة فى حوالة الحق فى قوانين البلاد العربية ص ٢١ .

الفرع الثانى

التراضى فى حوالة الحق

٢٥٩- **النصوص القانونية** : رأينا أن المادة ٣٠٣ من التقنين المدنى تنص على أنه « يجوز للدائن أن يحول حقه إلى شخص آخر . . . وتم الحوالة دون حاجة إلى رضا المدين » .
وتنص المادة ٣٠٥ على ماأتى :

« لا تكون الحوالة نافذة قبل المدين أو قبل الغير إلا إذا قبلها المدين أو أعلن بها . على أن نفاذها قبل الغير بقبول المدين يستلزم أن يكون هذا القبول ثابت التاريخ » (١) .

وتقابل هذه النصوص فى التقنين المدنى السابق المادة ٣٤٩ أهل والمواد ٤٣٥-٤٣٧ مخطوط (٢) .

(١) تاريخ النصوص :

م ٣٠٣ : سبق لإيراد تاريخها (انظر آنفاً لفرة ٢٤٩ فى الهامش) .
م ٣٠٥ : ورد هذا النص فى المادة ٤٣٠ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا بعض فروق لغوية طفيفة . وعمل النص فى لجنة المراجعة بحيث أصبح مطابقاً لمطابقة تامة لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وصار رقمه ٣١٧ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٣٠٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١١٦ — ص ١١٧) .

(٢) **التقنين المدنى السابق** م ٣٤٩ أهل : لا تنتقل ملكية الديون والحقوق المبيمة ، ولا يعتبر بيعها صحيحاً ، إلا إذا رضى المدين بذلك كتابة . فإن لم توجد كتابة مشتملة على رضا المدين بالبيع ، لا تقبل أوجه ثبوت عليه غير المبين . وزيادة على ذلك لا يصح الاحتجاج بالبيع على غير المتعاقدين ، إلا إذا كان تاريخ الورقة المشتملة على رضا المدين به ثابتاً بوجه رسمى ، ولا يسوغ ذلك الاحتجاج إلا من التاريخ المذكور فقط ، وكل هذا بدون إخلال بأصول التجارة فيما يتعلق بالسندات والأوراق التى تنتقل الملكية فيها بتحويلها .

م ٤٣٥ مخطوط : تنتقل ملكية الحق المبيع من البائع إلى المشتري بمجرد تراضيهما .
م ٤٣٦ مخطوط (معدلة بذكره ٢٦ مارس سنة ١٩٠٠) : تنتقل الملكية بالنسبة لغير المتعاقدين : (أولاً) بإعلان المدين بتحويل ما عليه من الدين إعلاناً رسمياً . (ثانياً) بقبول =

وتقابل في التقنيات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري

المدين الحوالة بكتابة مؤرخة تاريخاً ثابتاً بوجه رسمي، ولا يسرى مفعول الانتقال إلا من ذلك التاريخ فقط . أما بالنسبة للمدين فيعتبر الانتقال من تاريخ قبوله ، ولو لم يكن ذلك التاريخ ثابتاً بوجه رسمي ، وكل هذا بدون إخلال بأصول التجارة في حق الحوالة في السندات والأوراق التجارية . ومع ذلك فالمعهدات المدنية المخصصة بين الأهل لا يجوز تحويلها إلا برضاء المدين ، ولا يثبت الرضاء إلا بالكتابة أو بالنكول عن المدين .

م ٣٧ مخطوط : في المواد التجارية ، تحويل الدين الذي لم يكن بسند تجارى يكون معتبراً بالنسبة للغير إذا ثبت إعلان التحويل للمدين أو قبوله له بمقتضى دفاتر محررة حسب القانون أو بأوجه القبول المقبولة في المواد التجارية .

وظاهر من هذه النصوص أن التقنين المدني السابق قد وضع حوالة الحق في باب البيع اعتباراً بما يقع غالباً في العمل ، مقتنياً في ذلك أثر التقنين المدني الفرنسي (انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التفسيرية ٣ ص ١٠٩) .

وقد اشترط التقنين المدني الأهل السابق في انعقاد حوالة الحق رضاء المدين ، وجعل إثبات هذا الرضاء لا يكون إلا بالكتابة أو بالإقرار أو باليمين . وكان هناك رأى خاطيء ، شاع في الفقه والقضاء في مصر ، يرجع هذا الشرط إلى الشريعة الإسلامية وإلى أنها هي أيضاً تشترط في حوالة الحق رضاء المدين (استئناف أهل ٦ ديسمبر سنة ١٨٩٤ الحقوق ٩ ص ٣٤٩ — استئناف مخطوط ٥ يناير سنة ١٨٩٣ م ٤ ص ٩١ — ١٦ مارس سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ١٩٩) .

والصحيح أن الفقه الإسلامى في أكثر مذاهبه ، كما قدسنا ، لا يبرف حوالة الحق، والمقصود بالحوالة فيه حوالة الدين . فنقل المشرع الأهل شرط رضاء المدين في حوالة الدين في الفقه الإسلامى (مع أنه ليس بشرط حتمى) إلى حوالة الحق . انظر في ضرورة إثبات رضاء المدين بالكتابة في التقنين الأهل السابق : استئناف مخطوط ٣ نوفمبر سنة ١٩٣٨ م ٥١ ص ٩ — وفي جواز أن يكون رضاء المدين بالحوالة مقدماً وقت نشوء الدين وبأن الحكم الصادر بشبوت هذا الدين يكون هو أيضاً قابلاً للحول والعدول رضاء جديد من المدين : نقض مدنى ٢٩ مارس سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٣٠

ص ٦١٣ — وفي عدم ضرورة رضاء المستأجر عندما يخلف المشتري المؤجر في حقوقه قبل المستأجر : نقض مدنى ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ رقم ٢٠٧ ص ٤٩٦ — وفي ضرورة رضاء المدين حتى في حوالة الحق المتنازع فيه : نقض مدنى ١٩ يناير سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٥٥ ص ١٩٨ — وفي ضرورة رضاء المدين حتى لو كان الحق المالحق به قد صدر به حكم : نقض مدنى ٢٥ أبريل سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٥٣ ص ١٧٨ —

٧ مايو سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٤٧ ص ٩٧٣ — استئناف مصر ٢٧ يناير سنة ١٩٢٣ المحاماة ٤ رقم ٣٣ ص ٣٩ — أول يناير سنة ١٩٣٠ المحاماة ١٠ رقم ٢٧٣ ص ٥٥٠ — ٣١ مارس سنة ١٩٤٣ المجموعة الرسمية ٤٣ رقم ٩ ص ٢٢١ — استئناف مخطوط ٧ فبراير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٢١١ — ٢١ مارس سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٢١ —

٢١ يناير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٣٤ — ١٥ فبراير سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ١٥٠ — ٤ يونيو سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٢٢٦ .

م ٣٠٣ و ٣٠٥ - وفي التقنين المدني الليبي م ٢٩٠ و ٢٩٢ - وفي التقنين المدني العراقي م ٣٦٢ - ٣٦٣ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المواد ٢٨٠ و ٢٨٢ - ٢٨٣ (١).

— وقد عدل التقنين المدني الجديد عن مذهب التقنين الأهل السابق، ولم يشترط رضا المدين في انعقاد حوالة الحق، بل ذكر صراحة، كما رأينا، أن هذه الحوالة تتم دون حاجة إلى رضا المدين، مقتدياً في ذلك بالتشريعات الحديثة (انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع النهائي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١١٣ — الموجز المؤلف فقرة ٥١٥).

أما التقنين المدني المختلط السابق فلم يكن، كما هو واضح من نص المادة ٤٣٥ منه، يشترط رضا المدين لانعقاد حوالة الحق، بل كان يكفي تراضى الدائن الأصل والدائن الجديد. وقد صدر ذكره في ٢٦ مارس سنة ١٩٠٠ يحمل الصيغة، في عهد التقنين المدني السابق، بنشوء الحق، فإن نشأ بين وطنيين وجب رضا المدين ولو كانت الحوالة لأجنبي، وإن نشأ بين أجنبيين أو بين مصري وأجنبي فلا يجب رضا المدين ولو كانت الحوالة لمصري (الموجز المؤلف فقرة ٥١٧ — الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٧٢٤ — الأستاذ أحمد نجيب اللحلل في البيع فقرة ٦٢٩ فقرة ٦٣٢ — استئناف أهل ٢٥ أغسطس سنة ١٨٩٠ الحقوق ٥ ص ٢٣١ — استئناف مخطوط ٥ يناير سنة ١٨٩٣ م ٥ ص ٩١ — ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٠١ م ١٤ ص ٢٨ — ١١ ديسمبر سنة ١٩٠٢ م ١٥ ص ٤٢).

ويظهر مما قلناه أن التقنين المدني الجديد لم يغير في نظام حوالة الحق بالنسبة إلى الحقوق التي كانت خاضعة لنظام التقنين المختلط، فكل حق نشأ بين مصري وأجنبي أو بين أجنبيين قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ كان، ولا يزال، في غير حاجة إلى رضا المدين في انعقاد حوالة. أما الحقوق التي نشأت بين وطنيين قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩، فهذه تبقى في حوزتها خاضعة لتقنين المدني الأهل السابق، ومن ثم يكون رضا المدين ضرورياً في انعقاد الحوالة. وما نشأ من الحقوق منذ ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ أيما كان طرفا الدين، مصريان أو أجنبيان أو مصري وأجنبي — يخضع لتقنين المدني الجديد، فلا يكون رضا المدين ضرورياً في انعقاد حوالاته.

(١) التقنيات المدنية العربية الأخرى:

التقنين المدني السوري م ٣٠٣ و ٣٠٥ (مطابقتان للمادتين ٣٠٣ و ٣٠٥ من التقنين المدني

المصري).

التقنين المدني الليبي م ٢٩٠ و ٢٩٢ (مطابقتان للمادتين ٣٠٣ و ٣٠٥ من التقنين المدني

المصري).

التقنين المدني العراقي م ٣٦٢ و ٣٦٣ (مطابقتان للمادتين ٣٠٣ و ٣٠٥ من التقنين المدني

المصري).

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٢٨٠ (سبق إيرادها انظر فقرة ٢٤٩ في الهامش).

م ٢٨٢: يتم التفريغ بين المتعاقدين منذ حصول الاتفاق بينهم، إلا إذا كان هذا التفريغ مجانياً فحينئذ يجب أن تراعى قواعد الشكل المختصة بالهبة بين الأحياء.

(م ٣٠ — الوسيط)

وينبئ من هذه النصوص أن الحوالة تتم براضى المحيل والمحال له دون حاجة إلى رضاء المدين (المحال عليه) . ولكن لا تمتد في حق المحال عليه إلا إذا قبلها أو أعلن بها ، ولا في حق الغير إلا من تاريخ إعلان المحال عليه أو من التاريخ الثابت لقبوله .

فنبحث أمرين : (١) انعقاد الحوالة (٢) نفاذ الحوالة في حق المدين (المحال عليه) وفي حق الغير .

١٥ - انعقاد الحوالة

٣٦٠ - راضى المحيل والمحال له طاف في انعقاد الحوالة - لإمامة

إلى رضاء المدين : يمكن في انعقاد الحوالة راضى المحيل والمحال له ، أى الدائن الأصلي والدائن الجديد . فإذا رضى الدائن الأصلي أن يحول حقه الذى في ذمة مدينه إلى شخص آخر ، وقبل هذا الشخص الآخر ، فقد انعقدت الحوالة ، وصار الدائن الأصلي محيلاً والدائن الجديد محالاً له ، وكل ذلك دون حاجة إلى رضاء المدين الذى في ذمته الحق ، بل يصبح هذا بانعقاد الحوالة محالاً عليه . وهذا ما تنص عليه صراحة المادة ٣٠٣ مدنى كما رأينا ، بجانب فى ذلك مذهب التقنين الأهلى السابق حيث كان يشترط رضاء المدين ، ومتماشية مع التقنين المختلط السابق وسائر التقنينات الحديثة حيث لا يشترط هذا الرضاء (١) .

م ٢٨٢ : إن الانتقال لا يمد موجوداً بالنظر إلى شخص ثالث ، ولا سيما بالنظر إلى المدين الذى تفرغ الدائن من دينه ، إلا بإبلاغ هذا التفرغ إلى المدين أو بتصريح المدين فى وثيقة ذات تاريخ مسجل بأنه قبل ذلك التفرغ . وما دامت إحدى هاتين المعاملتين لم تتم ، يصح للمدين أن يبرئ ذمته لدى المتفرغ . وإذا كان المتفرغ قد أجرى قراطين متساويين لدين واحد ، فالمتفرغ له الذى سبق إلى العمل بمقتضى القانون يفضل على الآخر ، حتى لو كان تاريخ عقده أحدث عهداً .

وهذه الأحكام تتفق مع أحكام التقنين المدنى المصرى (انظر فى وضع المحال عليه فى التقنين البنائى وفى أنه يعتبر من الغير الدكتور صبحى الحمصانى فى انتقال الالتزام فى القانون المدنى البنائى ص ٣٣) .

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١١٣ .

والسبب في عدم الحاجة إلى رضاه الدين أن انتقال الحق من دائن إلى آخر ليس من شأنه الإضرار بالمدين إضراراً يستوجب تحجيم رضائه لانقضاء الحوالة . ففي أكثر الأحوال يستوى لدى المدين أن يطالبه شخص أو آخر بالدين الذي في ذمته . وفي أحوال قليلة قد يعنى المدين أن يطالبه دائته الأصلي دون أى شخص آخر ، لأنه إنما تعامل معه ، أو لاحتمال أن يكون غيره أشد إلحافاً في المطالبة . ولكن الضرر الذي ينجم عن ذلك أقل بكثير من الضرر الذي يصيب الدائن من جراء منعه من حوالة حقه عندما تقوم به الحاجة إلى ذلك ، أو عندما يرى في ذلك فائدة . وما على المدين ، وقت نشوء الدين ، إذا كان يحرص ألا يتغير عليه دائته ، إلا أن يتفق مع الدائن على عدم جواز الحوالة إلا برضائه ، وقد تقدم القول في ذلك . أما نفاذ الحوالة في حق المدين فلا يكون إلا برضائه أو باعلانه كما سيأتى (١) .

٣٦١ - الحوالة اتفاق رضائي لا يشترط فيه شكل خاص إلا

في الرهبة : والحوالة ، ما لم تكن هبة صريحة ، اتفاق رضائي (٢) . فلا يشترط

(١) أما في حوالة الدين فتغير المدين على دائته أشد عطلاً ، إذا أن قيمة الدين تتوقف إلى حد كبير على شخص المدين وملاجه ومبلغ مساحته إلى الوفاء بما في ذمته من الدين ، ومن ثم كان شأن الدائن في حوالة الدين أهم من شأن المدين في حوالة الحق كما سئى .

هذا ويصح أن ينتقل الدائن حقه إلى آخر بطريق الوصية ، والوصية تصرف قانوني كالحوالة . وفي هذه الحالة تتبع أحكام الوصية لا أحكام الحوالة ، فتم الوصية بالحق بإرادة الموصى وحده ، وتكون قابلة للرجوع فيها إلى أن يموت ، وترتد برد الوصى له ، ولا تغد إلا في ثلث التركة ، إلى غير ذلك من أحكام الوصية . ولكن متى انتقل الحق بالوصية إلى الموصى له ، أصبح هو الدائن مكان الموصى ، وصار خلفاً خاصاً على هذا الحق ، شأنه في ذلك شأن المالك له في الحوالة ما بين الأحياء ، لا سيما في الحوالة التي تم بطريق الهبة .

انظر في انتقال الحق الشخصي من دائن إلى آخر ، لا عن طريق تصرف قانوني كالحوالة والوصية والحلول الاتفاق ، بل عن طريق واقعة مادية كالميراث والحلول القانوني ، وكذلك في التزام الدائن لإحلال دائته محله في بعض الأحوال كما إذا باع وارث المودع عنده الشيء المودع وهو حسن النية فضله للمالكه التنازل له من حقوقه قبل المشتري (م ٧٢٣ مدني) : الأستاذ شفيق شحاتة في حوالة الحق في قوانين البلاد العربية ص ١٠ — ص ١١ .

(٢) استئناف ٢٠ نوفمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٤٠ — ١٨ يونيو سنة ١٩٤٠

لانعقادها شكل خاص ، بل تتعقد بمجرد توافق الإيجاب والقبول (١) ، ومن ثم لا يوجد ما يمنع من حوالة حق غير ثابت بالكتابة (٢) . وقد كان المشروع التمهيدى يشتمل على نص فى هذا المعنى ، هو المادة ٤٢٨ من هذا المشروع ، وكانت تجرى على الوجه الآتى : « ١ - لا يشترط فى انعقاد الحوالة شكل خاص ، حتى لو كان الحق المحال به مضموناً برهن رسمى أو بأى عيني آخر .
٢ - ولكن لا يجوز التمسك قبل الغير بحوالة تأمين عيني إلا إذا حصل التأشير بذلك على هامش القيد الأصلى لهذا التأمين (٣) » . وقد حذف هذا النص فى لجنة المراجعة ، « لأن الفقرة الأولى منه يمكن استخلاصها من القواعد العامة ، ولأن الفقرة الثانية ورد حكمها فى مكان آخر (٤) » . وغنى عن البيان أنه إذا لم يؤثر بالحوالة فى هامش القيد الأصلى للتأمين ، وانتقلت العين المرهونة إلى حائز ، جاز

-
- (١) واستخلاص قيام الحوالة مسألة واقع لا تخضع لرقابة محكمة النقض (نقض مدنى ١٩
نوفمبر سنة ١٩٣١ مجموعة صبر ١ رقم ٦ ص ١٤) .
(٢) بلانويول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١١٦ ص ٤٩٦ — وانظر آنفاً فقرة ٢٥٠ .
(٣) انظر فى أن حوالة الحق المضمون برهن رسمى أو بأى تأمين حتى آخر تم بمقد رضائى ،
والتأشير على هامش القيد الأصلى للتأمين إنما هو للتمسك به قبل الغير : استئناف مخطوط ٣٠
مايو سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٣٤١ — ٢٧ مارس سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١٨٤ — ٣٠ نوفمبر
سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٤٠ — ٢٦ مايو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣٥٩ — ١٧ يونيو
سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٣٥٨ — ١٠ يونيو سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٣١٢ ، ٢٠ مايو سنة ١٩٣٧
م ٤٩ ص ٢٣١ — ١٦ أبريل سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٣٢ — ٤ ديسمبر سنة ١٩٤١ م ٥٤
ص ٢١ — ١٥ يناير سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٤٥ . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع
التمهيدى فى هذا الشأن ما يأتى : « جعل المشروع من حوالة الحق حقاً رضائياً ، ولم يوجها
لاشتراط شكل معين بالنسبة لما بالذات . ومؤدى هذا أنها تخضع فى انعقادها للأحكام العامة
التي تسرى بشأن العقود الرضائية جميعاً . ولم يستثن المشروع من نطاق تطبيق هذه القاعدة حوالة
الحق المضمون برهن رسمى أو بأى تأمين حتى آخر بل اعتبر التأمين فى هذه الحالة من أنواع
الحق ، وألحقه بأصله تقريباً على هذا الوصف . ولكنه اشترط لجواز التمسك قبل الغير — وهم
خليفةون بالحماية — بهذا التأمين ، باعتباره حقاً عينياً ، التأشير بمثل هذه الحوالة فى هامش
القيد الأصلى للتأمين . ويتم انعقاد الحوالة متى اتفق المحيل والمحال له فيما بينهما ، بيد أن المدين
قد يجعل هذا الاتفاق ، بل والغالب فيه أن يجعله ، ولهذا العلة يقع وقاؤه للمحيل صحيحاً ما بين
جاءها بالحوالة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١١٢ فى الهامش) .
(٤) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١١٢ فى الهامش .

لهذا الحائر أن ينى بالدين وفاء صحيحاً للدائن الأصلي ، إذ المفروض أنه مجهول وقوع الحوالة ما دام لم يؤثر بها على هامش القيد (١) .

أما إذا تمحضت حوالة الحق هبة مباشرة ، فانها ككل هبة يجب أن تفرغ في شكلها الرسمي ، ولا تنعقد إلا إذا كانت في ورقة رسمية . وليس في هذا إلا تطبيق للقواعد العامة في الهبة (٢) .

٣٦٢ - وجوب مراعاة القواعد الإثباتية : على أنه يجب مراعاة

القواعد العامة في إثبات الحوالة . فاذا حول دائن حقه ، وهو مائة جنيه مثلا ، إلى آخر بشمن قدره تسعون جنيا ، وذلك بالتراضي بينهما ، فإن المحيل لا يستطيع إثبات التزام المحال له بالتمن ، ولا المحال له يستطيع إثبات التزام المحيل بنقل هذا الحق ، إلا بالكتابة أو بما يقوم مقامها ، ولا يجوز الإثبات بالبينة أو بالقرائن (٣) ، لأن كل التزام من هذين يزيد على عشرة جنيهات . أما إذا كان الحق المحال به هو اثنا عشر جنيا وكان تمن الحوالة عشرة جنيهات مثلا ، فإن المحيل يستطيع إثبات التزام المحال له بالتمن بالبينة والقرائن لأن الثمن لا يزيد على عشرة جنيهات ،

(١) قارن استئناف مخطوطه يونيو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤٨٠ — كذلك إذا حول الدائن الأصلي حقه مرة أخرى ، ولم يكن المحال له الأول قد أشر بالحوالة الأولى على هامش القيد ، وأشر المحال له الثاني على هذا الهامش بالحوالة الثانية ، فإن حوالة التأمين المعنى بموجب الحوالة الأولى لا يمتنع بها على المحال له الثاني ولو كانت الحوالة الأولى للحق الشخصي نافذة في حقه (الأستاذ شفيق شحاتة في حوالة الحق في قوانين البلاد العربية ص ١٥ — شين الكوم ١٤ يناير سنة ١٩٣٥ الهامة ١٥ رقم ٣٠٨ ص ٦٦٧) .

(٢) وقد نصت تقنين الموجبات والتقود البناني صراحة على هذا الحكم ، إذ تقول المادة ٢٨٢ من هذا التقنين : « يتم التفريغ بين المتعاقدين منذ حصول الاتفاق بينهم ، إلا إذا كان هذا التفريغ مجانياً فحينئذ يجب أن تراعى قواعد الشكل المختصة بالهبة بين الأحياء » .

وإذا كانت حوالة الحق على سيل الرهن ، فالرهن رهن حيازة ، ولا يشترط لامتداد الحوالة في هذه الحالة شكل خاص . ولكن لا يكون الرهن نافذاً إلا بإعلان هذا الرهن إليه أو بقبوله إياه ، ولا يكون نافذاً في حق الغير إلا ببيعة الدائن المرتهن للدين المرهون ، وتحسب لرهن مرتبه من التاريخ الثابت للإعلان أو القبول (انظر م ١١٢٣ مدني) .

(٣) ولكن في المواد التجارية يجوز الإثبات بالبينة والقرائن . وقد يعتبر تسليم سند الدين إلى المحال له قرينة على وقوع الحوالة . وحتى في المواد المدنية قد يكون هذا التسليم قرينة تميز مبدأ ثبوت بالكتابة (انظر أنسكلويدى دالوز ١ لفظ cession de créance فقرة ١٥٠) .

ولكن الحال له لا يستطيع إثبات التزام الهيل ينقل الحق إلا بالكتابة أو بما يقوم مقامها لأن الحق تزيد قيمته على عشرة جنيهات (١).

وتبقى هذه القواعد العامة للإثبات هي المعمول بها ، حتى لو أريد إثبات حوالة حق ثابت في سند اسمي أو في سند تحت الإذن ، لأن الإجراءات الخاصة بحوالة هذه الحقوق ليست ضرورية إلا لجعل الحوالة نافذة في حق للغير ، فهي ليست ضرورية لانتقاد الحوالة ولا لإثباتها بعد الانتقاد .

٢٦٣ - **تكييف الاتفاق الذي يتم به الحوالة :** والاتفاق الذي يتم به الحوالة ما بين الهيل والحال له هو الذي ينقل الحق من الأول إلى الثاني . ولذلك سمي اتفاقاً (convention) ولم يسم عقداً (contrat) ، إذ يذهب بعض الفقهاء إلى أن الاتفاق أعم من العقد ، فهو ينشئ الحقوق وينقلها ويعملها ويقضيها ، أما العقد فيقتصر على إنشاء الحقوق (٢) . ولما كانت الحوالة تنقل حقاً شخصياً موجوداً من قبل ، ولا شأن لها في إنشاء هذا الحق ، فهي اتفاق لا عقد . ولكن أكثر الفقهاء لا يرون أهمية عملية للتمييز بين الاتفاق والعقد (٣) .

على أنه يمكن القول من جهة أخرى أن الاتفاق على الحوالة ما بين الهيل والحال له يبدأ بانشاء التزام في ذمة الهيل بنقل حقه الشخصي إلى الحال له ، ويتم تنفيذ هذا الالتزام فوراً بمجرد نشوئه فينتقل الحق إلى الحال له . فإذا صح هذا التكييف ، كانت الحوالة عقداً حتى عند من يذهبون إلى التمييز بين العقد

(١) وإذا قيل أن قيمة الحق الحال به في هذه الحالة هي ثمنه الذي يبيع به وليست قيمته في ذاته — وهذا ما لا ينحصر إلى الأصل به لأن البعرة هي بقيمة الالتزام في ذاته ولو زادت هذه القيمة على الثمن الذي يبيع به — فإن كلا من الهيل والحال له يستطيع إثبات الحوالة بالبينة وبالقرائن .

(٢) انظر في هذا المعنى أيضاً المادة ١٦٥ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني .

(٣) وكان المشروع التمهيلي التقنين المدني الجديد يورد تعريفاً للعقد لا يميز فيه بينه وبين الاتفاق . وقد حذف هذا التعريف في المشروع النهائي ، ولم يكن الخلاف حولاً من عدم التمييز بين الاتفاق والعقد ، بل كان مجازاة لسياسة تشريعية هي تجنب الإكثار من التعريفات الفقهية الوسيط جزء أول فقرة ٣٧ - مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٩ - ص ١١ في الهامش) .

والانفاق ، إذ أنها تبدأ بانشاء التزام ينقل الحق ثم ينقل الحق تنفيذاً لهذا الالتزام (١) .

٢٥ - نفاذ الحوالة في حق المدين وفي حق الغير

٣٦٤ - معنى صيرورة الحوالة نافذة في حق المدين وفي حق الغير :
قدمنا أن الحوالة تنعقد بالتراضي بين المدين والحوال له ، دون حاجة إلى رضا المدين . ولكن انعقاد الحوالة لا يكفي لجعلها نافذة في حق المدين أو في حق الغير .
أما أن انعقاد الحوالة لا يكفي لجعلها نافذة في حق المدين ، فذلك لأن الحوالة تنعقد دون حاجة إلى رضائه ، فيصح أن يكون جاهلاً بوقوعها ، فيعامل دأته الأصلي على أنه دائته الوحيد ، ويبنى بالدين أو يقضيه معه بأى سبب من أسباب الانقضاء كالتجديد والمقاصة والإبراء . وينبى أن يقع هذا التعامل صحيحاً ، وأن يستطيع المدين الاحتجاج به على الحال له ، ومعنى ذلك أن الحوالة لا تكون نافذة في حق المدين . وإنما نفاذ الحوالة في حقه إذا كان عالماً بها ، وعندئذ يصبح الحال له هو دائته الوحيد ، ولا يجوز له التعامل مع الدائن الأصلي أو الوفاء له بالدين . فهذا هو معنى صيرورة الحوالة نافذة في حق المدين .

أما معنى صيرورتها نافذة في حق الغير ، فهذا يقتضى أولاً تحديد معنى « الغير » هنا . يمكن اعتبار المدين « غيراً » من وجه ، وطرفاً في الحوالة من

(١) انظر المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٠ في المباحث . ويعترض الأستاذ شفيق شعاعة على هذا التصور (حوالة الحق في قوانين البلاد العربية ص ١٣ - ص ١٤) . ولا مانع من القول منه بأن عقد الحوالة نفسه هو الذى ينقل الحق مباشرة من المدين إلى الحال له ، دون حاجة إلى افتراض نشوء التزام سابق ينقل هذا الحق يتم تنفيذه بمجرد نشوئه . وتبقى الحوالة مع ذلك عقداً ، لعدم الحاجة إلى التمييز ما بين المقد والالتفاق كما سبق القول . ولكن قيام حق عينى يترتب على حق شخصى - وهو ما ياباه الأستاذ شفيق شعاعة ويستخذ من تنفيذه حجة رئيسية لرفض التصور المتقدم الأكر - لا شك في إمكانه ، بل هو يقع كثيراً في العمل . ويكفى أن نشير إلى إمكان رهن الحق الشخصى وإلى إمكان أن يترتب عليه حق انتفاع ، في الحالة الأولى رتبنا حقاً عينياً تبعياً على حق شخصى . وفي الحالة الثانية رتبنا على الحق الشخصى حقاً عينياً أصلياً (انظر أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٩ مكررة هامش رقم ١) .

وجه آخر . وعلى كل حال فإن المدين له وضع خاص في الحوالة يجعله بين بين (١) . أما الأشخاص الذين يتمحضون « غيرا » في الحوالة فهم كل شخص كسب حقاً من جهة المحيل على الحق المحال به ، يتعارض مع حق المحال له . فيكون غيرا محال له آخر غير المحال له الأول ، يتشاع الحق المحال به ، أو يوهب له أو يرتبته مثلاً . كما يكون غيرا دائن المحيل إذا وقع حجزاً على الحق المحال به تحت يد المحال عليه . كذلك إذا شهر إفلاس المحيل أو شهر إعساره ، فداثتوه يصيرون من الغير بالنسبة إلى المحال له (٢) . ومعنى صيرورة الحوالة نافذة في حق هؤلاء الأغيار هو أنه عند تراحم المحال له مع أحد منهم — محال له ثان أو دائن حاجز أو دائن الفلاس أو المعسر — يقدم المحال له إذا كان تاريخ نفاذ حوالته في حق هذا الغير سابقاً على تاريخ نفاذ الحوالة الثانية أو الحجز أو الإفلاس أو الإعسار في حقه هو .

٣٦٥ - أهمية المدين بالحوالة أو قبوله لها ضرورة لنفاذ الحوالة

في منه وفي من الغير : لابد إذن ، لنفاذ الحوالة في حق المدين المحال عليه ، من أن يعلم بها . وقد اختار القانون لإعلامه بها أحد طريقتين : إما إعلانه بهذه الحوالة ، وإما قبوله لها . وقد نصت على ذلك المادة ٣٠٥ مدني ، كما رأينا .

(١) انظر في اعتبار المدين غيرا : استئناف مخطوط ١٤ مارس سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٩٤ - ١٤ نوفمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٢٢ . ولكن انظر في اعتبار أن دائن المدين ليس من الغير : استئناف مخطوط ١٠ ديسمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٨٥ - ٤ مارس سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٥٩ — ١٤ ديسمبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ٥٦ .

أما تقنين الموجبات والمقود البناني (م ٢٨٣) فيعتبر المدين « غيرا » ، شأنه في ذلك شأن سائر الأغيار ، ويشترط لنفاذ الحوالة في حقه يقوله لما أن يكون هذا القول ثابت التاريخ . ويقول الأستاذ صبحي المحمصاني في هذا الصدد : « ولابد من الإشارة إلى فارق مهم بين القانون البناني وسائر القوانين المدنية العربية . فالقانون البناني ، على غرار القانون الفرنسي ، اعتبر المدين من فئة الغير في الحوالة ، وعاملهم جميعاً معاملة واحدة لجهة إجراءات الإعلان اللازمة في الحوالة ، فنص على أن الحوالة لا تعد موجودة بالنظر إليهم إلا بإجراء إحدى طريقتي الإعلان المبينتين . ولكن باقي القوانين العربية لم تعتبر المدين من فئة الغير ، وفرقت بينه وبين هؤلاء في المعاملة لجهة إجراءات الإعلان ، فلم تشترط ثبوت التاريخ لقبول المدين بالحوالة إلا تجاه الغير » (انضال الالتزام في القانون المدني البناني ص ٢٣) .

(٢) استئناف مخطوط ٢٤ فبراير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٢٠٢ .

ولا فرق بين الطرفين ، فأى منهما يكفى لجعل الحوالة نافذة في حق المدين (١) .
غير أن النتائج التي تترتب على قبول المدين للحوالة قد تكون في بعض الأحوال أبعد مدى من تلك التي تترتب على مجرد الإعلان . من ذلك ما نصت عليه المادة ٣٦٨ مدنى من أنه : ١ - إذا حول الدائن حقه للغير وقبل المدين الحوالة دون تحفظ ، فلا يجوز لهذا المدين أن يتمسك قبل المحال له بالمقاصة التي كان له أن يتمسك بها قبل قبوله للحوالة ، ولا يكون له إلا الرجوع بحقه على المحيل .
٢ - أما إذا كان المدين لم يقبل الحوالة ولكن أعلن بها ، فلا تمنعه هذه الحوالة من أن يتمسك بالمقاصة . وسنعود إلى هذه المسألة فيما يأتى .

أما لنفاذ الحوالة في حق الغير ، فانه يجب أيضا إما إعلان المدين بالحوالة وإما قبوله لها . ولما كان إعلان المدين بالحوالة لا يصح إلا بورقة رسمية كما سنرى ، فان هذا الإعلان له تاريخ ثابت حتماً ، ويكون نفاذ الحوالة ، في حق الغير ، كنفادها في حق المدين ، من هذا التاريخ . فإذا تراحم المحال له مع محال آخر أو مع دائن حاجز مثلاً ، وكانت الحوالة نافذة في حق الغير من طريق إعلانها للمدين ، فتاريخ هذا الإعلان هو الذى يحدد مرتبتها بالنسبة إلى الحوالة

(١) وليس هناك ميماد محدد يجب فى خلاله إعلان الحوالة أو قبولها ، وسنرى فيما يأتى (انظر فقرة ٢٦٦) أن الإعلان أو القبول ينتج أثره ، ويجعل الحوالة نافذة في حق المدين وفى حق الغير ، أياً كان الوقت الذى صدر فيه بعد صدور الحوالة . ولا يكون الإعلان أو القبول متأخراً ، فلا ينتج أثره ، إلا إذا سبقه إعلان أو قبول لحوالة أخرى أو توقيع حجز تحفظى تحت يد المدين أو شهر إفلاس المحيل أو شهر إصراره .

وحوالة الحق للملق على شرط يجوز إعلانها أو قبولها قبل تحقق الشرط (بودرى وسينيا فقرة ٧٨٦ ، وانظر فى حوالة الحق المستقبل بودرى وسينيا فقرة ٧٨٧) . وموت المحيل (الدائن الأصل) لا يحول دون الإعلان أو القبول ، فيجوز للمدين أن يقبل الحوالة بعد موت المحيل ، كما يجوز للمحال له ولورثة المحيل إعلانها بالحوالة . كذلك موت المحال له لا يمنع ورثته ولا المحيل من إعلان الحوالة ، ولا يمنع المدين من قبولها . أما إذا كان الحق ميراثاً فى تركة ، وجعل بعد القسمة فى نصيب أحد الورثة دون الآخرين ، فلا يعتبر الحق قد حول من باقى الورثة إلى هذا الوارث حتى تحتاج الحوالة إلى إعلان المدين أو قبوله ، بل يكون القسمة أثر كاشف ويعتبر الحق قد انتقل كله إلى الوارث بطريق الميراث لا بطريق الحوالة ، فلا حاجة إذن إلى إعلان المدين أو قبوله (استئناف غخلط ٢١ يناير سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ١٣٢) .

الثانية أو إلى الحجز . أما إذا كان نفاذ الحوالة في حق الغير من طريق قبول المدين لها ، فليس من المحتم أن يكون لهذا القبول تاريخ ثابت ، ومن ثم لا تكون الحوالة نافذة في هذه الحالة في حق الغير إلا من الوقت الذي يكون فيه للقبول تاريخ ثابت . ونرى من ذلك أن الحوالة ، إذا كان نفاذها من طريق قبول المدين ، تكون نافذة في حق المدين من وقت هذا القبول ولو لم يكن له تاريخ ثابت ، ولا تكون نافذة في حق الغير إلا من وقت أن يكون للقبول تاريخ ثابت ، فهي إذن قد تكون نافذة في حق المدين دون أن تكون نافذة في حق الغير . وهذا ما نصت عليه المادة ٣٠٥ مدني ، فهي تقضي كما رأينا بأنه « لا تكون الحوالة نافذة قبل المدين أو قبل الغير إلا إذا قبلها المدين أو أعلن بها . على أن نفاذها قبل الغير بقبول المدين يستلزم أن يكون هذا القبول ثابت التاريخ » . وسنعود إلى تفصيل ذلك عند الكلام في العلاقة ما بين الحال له والغير .

والغرض من هذه الإجراءات — إعلان المدين أو قبوله — مراعاة مصلحة المدين أولاً وذلك حتى يعلم بالحوالة فيمتنع من معاملة الدائن الأصلي ولا يعامل إلا الدائن الجديد ، ومراعاة مصلحة الدائن الجديد ثانياً وذلك حتى يصبح بعد الإعلان أو القبول هو وحده صاحب الحق الحال به تجاه المدين والغير ، ومراعاة مصلحة الغير أخيراً إذ أنه لا يمكن تركيز شهر الحوالة في جهة خير من جهة المدين ، فهو الذي يطالبه الحال له بالحق ، وهو الذي يستطيع أن يجبر الغير الذي يريد أن يتعامل في هذا الحق بما إذا كان الدائن قد تصرف فيه من قبل أو أن حجزاً وقع على الحق تحت يده ، ما دام قد قبل هذا التصرف السابق أو أعلن به أو بالحجز ، فيمتنع الغير بعد ذلك عن التعامل مع الدائن في هذا الحق (١).

(١) انظر بودري وسينيا فقرة ٧٦٧ — أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٩ مكررة من ١٤٣ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٧ — كولان وكابيتان ٢ فقرة ٦٢٧ .

وأى حق شخصي ، ولو كان حقاً تجارياً ، يحوله صاحبه إلى غيره ، تخضع الحوالة فيه ، حتى تكون نافذة في حق المدين والغير ، لأحد هذين الإجرائين الإعلان أو القبول . ومع ذلك توجد حقوق تقتضي إجراءات أخرى بجانب الإعلان أو القبول ، كما في حوالة الأجرة التي لم تستحق لمدة تزيد على ثلاث سنوات فإنها لا تكون نافذة في حق الغير إلا بالتسجيل . كما توجد —

٣٦٦ — **اعطوه المبيع بالحوالة** : يصدر هذا الإعلان إما من الخيل أو من المحال له . ولما كان المحال له هو الذى يعنيه قبل غيره أن تكون الحوالة نافذة فى حق المدين وفى حق الغير ، وهو الذى يخشى إن أبطل فى ذلك أن يعمد الخيل إلى التصرف فى حقه مرة أخرى أو إلى استيفائه من المدين ، لذلك كان الغالب أن يكون هو — لا الخيل — الذى يتولى إعلان الحوالة للمدين (١) . وقد يعنى الخيل إعلان الحوالة ، حتى لا يقع أحد دائئيه حجزاً تحفظياً تحت يد المدين قبل إعلانها ، فيصبح الحجز نافذاً فى حق المحال له ، ويرجع هذا عليه بالضمان ، ومن ثم يكون الخيل نفسه هو الذى يبادر بإعلان الحوالة درءاً لهذا الخطر (٢) .

ويمكن إعلان المدين بالحوالة فى أى وقت بعد صدورها . ولا يكون الإعلان متأخراً ، إلا إذا سبقه إجراء يمنع من جعله مفيداً . مثل ذلك أن تصدر من الخيل حوالة أخرى تعلن للمدين أو يقبلها ، فمن وقت إعلان الحوالة الثانية أو قبولها لم يعد من المفيد إعلان الحوالة الأولى . ومثل ذلك أيضاً توقيع حجز من دائئ الخيل تحت يد المدين ، فمن يوم توقيع هذا الحجز لم يعد إعلان الحوالة إلا بمثابة حجز جديد كما سنرى . ومثل ذلك أخيراً شهر إفلاس الخيل أو شهر

= حقوق تقتضى إجراءات غير الإعلان أو القبول ، كالحقوق الثابتة فى سنتات إسسية أو تحت الأذن أو لحاملها ، وسيتأتى بيان ذلك .

والإعلان أو القبول لازم لتنفاذ الحوالة ، سواء كان الحق المحال حقاً منفرداً (droit isolé) أو كان عنصراً فى مجموع من المال (universalité) . وقد نصت المادة ٧٤ م دنى على أنه « إذا بيعت تركة ، فلا يسرى البيع فى حق الغير إلا إذا استوفى المشتري الإجراءات الواجبة لنقل كل حق اشتملت عليه التركة . فإذا نص القانون على إجراءات لنقل الحق فيما بين المتصانفين ، وجب أيضاً أن تستوفى هذه الإجراءات » .

(١) وإذا تعدد المحال لهم فى الحوالة الواحدة ، كان عليهم جميعاً أن يقوموا بإعلان الحوالة ، وقد يقرم أحدهم بإعلانها ، أسالة من نفسه وبالوكالة من الآخرين . بل يجوز فى هذه الحالة أن يعلنها باسمه خاصة ، إذا هو أرفق بالإعلان صورة الحوالة حيث يبين منها أنها صادرة له ولآخرين هو الوكيل عنهم (استئناف غخلط ٢٧ أبريل سنة ١٩٢٥ م ٣٢ ص ٢٩٦) . وإذا كان المحال لهم متضامنين ، صح لأى منهم إعلان الحوالة ، ويفيد سائر المحال لهم من هذا الإعلان ، إذ يسرى عمل أحد الدائئتين المتضامنين فى حق البائتين إذا كان هذا العمل نافذاً لهم ، وقد سبق بيان ذلك .

(٢) بودرى وسينيا فقرة ٧٧١ .

إعساره ، فن ذلك الوقت لا يكون إعلان الحوالة ، ولو صدرت منه قبل شهر الإفلاس أو الإعسار ، مفيداً ، إذ لا يمكن الاحتجاج بالحوالة في هذه الحالة على دائي المفلس أو المعسر . ومن ذلك نرى أن للمحال له مصلحة في التعجيل بإعلان الحوالة إلى للمدين ، حتى لا يسبق الإعلان إجراء مماثل لما قدمناه فيعطل حقه ويجعل الحوالة غير نافذة في حق الغير (١) .

ويجب أن يكون إعلان المدين إعلاناً رسمياً على يد محضر (٢) . فلا يكفي الإعلان الشفوي ، بل ولا الإعلان المكتوب ولو في كتاب مسجل (٣) . وليس من الضروري أن يتضمن الإعلان نص الحوالة ، بل يكفي أن يشتمل على ذكر وقوع الحوالة مع بيان لشروطها الأساسية (٤) . ومن ثم جاز إعلان الحوالة على هذا الوجه حتى لو كانت شفوية غير ملونة في ورقة مكتوبة (٥) . وأية ورقة رسمية تشتمل على هذه البيانات وتعلن للمدين تقوم مقام الإعلان ، فيقوم مقام الإعلان صحيفة الدعوى التي يرفعها المحال له على المدين مطالباً بإياه بوفاء الحق المحال به ، ومن وقت وصول صحيفة الدعوى إلى المدين يعتبر هذا معلناً بالحوالة فتنفذ في حقه وفي حق الغير (٦) . وينفى أيضاً عن الإعلان

(١) أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٩ مكررة ص ١٤٨ — ص ١٤٩ . وانظر في شهر إفلاس الهيل بودري وسينيا فقرة ٧٨٣ . وانظر في شهر إعساره المادة ٢٥٧ مدني ، وهي تجعل أثر الإعسار يسرى من وقت تسجيل صحيفة دعوى الإعسار .

(٢) ويقول الدكتور صبحي المصصافي : « أما في لبنان ، فليس في القانون ما يوجب هذا التشديد . ولذا نراه أنه يجب الرجوع إلى قواعد الإنذار العامة ، التي تكفي بأن يكون ذلك بأية طريقة كانت ، بشرط أن تكون خطية ثابتة ، كالكتاب المضمون أو البرقية أو الإخطار الصادر من دائرة رسمية كدائرة الإجراء مثلا) أو استحضار الدعوى ولو تقدم أمام محكمة غير مختصة (م ٢٧٥) » (انتقال الالتزام في القانون المدني اللبناني ص ٣٢) .

(٣) استئناف مخطوط ٢٩ فبراير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٧٠ .

(٤) استئناف مخطوط ٢٢ يناير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٩٨ - ١١ فبراير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١٣٦ - ٢٠ نوفمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٤٠ .

(٥) بلانيول وريبير ودهوان ٧ فقرة ١١١٨ ص ٤٩٦ - وقارب آنفاً فقرة ٢٥٠ .

(٦) استئناف مخطوط ١٥ ديسمبر سنة ١٩٢٧ م ٤٠ ص ٨٤ - ٢٠ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢

ص ٢٤٣ - ١٣ مايو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٩٠ - ١٥ ديسمبر سنة ١٩٣٢ م ٤٥ ص ٧٤ - ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٢ م ٤٥ ص ٨٥ - ٢١ يناير سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٧٦ - ٢٨ مايو سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٣٢٨ - ٣١ يناير سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ١٣٠ - ٢٣ يناير سنة ١٩٤٥ م

التنبيه (١) ، والتقدم في توزيع (٢) ، وتوقيع الحال له حجراً مخفياً تحت يد المدين (٣) .

ويوجه إعلان الحوالة إلى المدين (٤) ، أو إلى نائبه كممثل الجمعية أو مدير الشركة أو الولي أو الوصي أو القيم ، أو إلى أى شخص تكون له صفة في وفاة الحق عن المدين (٥) . وإذا كان الحق الحال به حقاً مستقبلاً ، جاز توجيه

= م ٥٧ ص ٧٣ أنظر أيضاً المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التصغيرية
ص ١١٦ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١١٨ ص ٤٩٧ .

(١) استئناف غخط ٩ مايو سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٥٢ .

(٢) استئناف غخط ١١ يونيو سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٩٨ - ٤ فبراير سنة ١٩٤١

م ٥٣ ص ٧٩ - ٢٢ أبريل سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ١٨٣ - ١٥ مايو سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ١٩٨ .

(٣) والحال له يستطيع مطالبة المدين باسمه الشخص ، فهو في غير حاجة إلى توقيع حجز تحفظي تحت يده ، فإن فعل ، عد هذا بمثابة إعلان الحوالة ، ولا يكون في حاجة بعد ذلك إلى طلب تثبيت الحجز التحفظي (استئناف غخط أول أبريل سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٢٧٩) .

(٤) ويكون إعلان الحوالة في الموطن الحقيقي للمدين ، لا في الموطن المختار . ذلك أن الموطن المختار إنما يكون للإعلانات المتعلقة بتنفيذ التصرفات القانونية ، وقد قصت الفقرة الأولى من المادة ٤٣ متى حل أنه « يجوز اتخاذ موطن مختار لتنفيذ عمل قانوني معين » . والحوالة ليست تنفيذاً للحق ، بل هي نقل له إلى دائن جديد (هيك ٢ فقرة ٣٢٦ - سبيلوار ٢ فقرة ٧٧٤ - أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٩ مكررة ص ١٤٥ - بودري وسينيا فقرة ٧٦٩ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١١٩ ص ٤٩٨ - عكس ذلك أي جواز الإعلان في الموطن المختار : ديولومب ١ فقرة ٣٢١) .

وإذا تعدد المدينون الحال عليهم في الحوالة الواحدة ، فواء كانوا متضامنين أو غير متضامنين لا بد من إعلان كل منهم . فإن كانوا غير متضامنين أعلن كل منهم بالنسبة إلى نصيبه في الدين ، لأن الدين ينقسم عليهم . وإن كانوا متضامنين أعلن كل منهم في كل الدين ، إذ هو مشمول به ، ولأن المدينين المتضامنين لا يمثل بعضهم بعضاً كما قلنا إلا فيما يفيد وليس إعلان الحوالة عما يفيد . فإذا أعلن أحد المدينين المتضامنين بالحوالة دون الآخرين ، كانت الحوالة نافذة في حق من أعلن دون غيره (قارن بودري وسينيا فقرة ٧٧٢) .

(٥) فإذا كان الحق الحال به مضموناً برهن ، ويصمت العين المرهونة في المزداد بناء على طلب الدائن الأصلي ، فإن الحوالة في هذه الحالة لا تعلن إلى المدين به أن تزمت ملكيته ، بل تعلن إلى الراسي عليه المزداد إذا كان المدين لا يزال في ذمته ، أو تعلن إلى خزائنة المحكمة إذا كان المدين قد أودع فيها (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١١٩ ص ٤٩٩ - أنظر أيضاً : بودري وسينيا فقرة ٧٧٤ ص ٨١٩ - ص ٨٢٠ - أنسيكلوبيدى دالوز ١ لفظ Cession de créance فقرة ٢١٤ - فقرة ٢١٩) .

الإعلان إلى جميع الأشخاص الذين يحتمل أن يكونوا مدنيين بهذا الحق (١) .

٢٦٧ - قبول المدين للحوالة : والطريق الثاني لصيرورة الحوالة نافذة

في حق المدين هو قبوله لها . فإذا صار للقبول تاريخ ثابت ، أصبحت الحوالة نافذة أيضاً في حق الغير كما سبق القول .

والوقت الذي يصح في خلاله هذا القبول هو نفس الوقت الذي يصح في خلاله إعلان الحوالة ، فيكون القبول متأخراً إذا سبقه إعلان حوالة أخرى أو حجز تحفظي تحت يد المدين أو قبول منه لحوالة أخرى أو شهر إفلاس المحيل أو شهر إعساره . ويصح صدور القبول وقت صدور الحوالة نفسها وفي نفس الورقة التي دونت فيها الحوالة ، كما يصح صدوره بعد ذلك على الوجه الذي قدمناه ، ولكن لا يصح صدوره قبل صدور الحوالة (٢) .

(١) ومثل الحق المستقبل الممنوع الذي يبرس به المزداد في عين تعرض البيع بالمزاد ، فيجوز لصاحب هذا الحق أن يبرس إلى شخص آخر ، وتعلن الحوالة في هذه الحالة إلى الأشخاص الذين يحتمل أن يبرسوا المزاد عليهم ، وبخاصة الشركاء في المدين المعروضة للبيع إذا كانت هذه المدين ملوكة على الشريحة . انظر في كل ذلك : بودرى وسينيا فقرة ٧٧٣ - فقرة ٧٧٤ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١١٩ - فقرة ١١٢٠ .

هذا وإذا كان المستحق في الوقت هو في الوقت ذاته الناظر ، وحول استحقاقه في الوقت إلى شخص آخر ، فلا حاجة إلى إعلان الحوالة إليه باعتباره ناظراً للوقت ، لأن تحويله استحقاقه باعتباره مستحقاً يتضمن طمعه بالحوالة باعتباره ناظراً (استئناف مخطوط ٢٣ أبريل سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٦٨) .

(٢) بودرى وسينيا فقرة ٧٧٨ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٢١ ص ٥٠٢ هاشم رقم ١ - الأستاذ شفيق شحاتة في الحوالة في قوانين البلاد العربية فقرة ٤٥ - الأستاذ إسماعيل خاتم في أحكام الالتزام فقرة ٢٢٤ ص ٣١٥ - مكس ذلك : هيك فقرة ٣٤٣ - كولان وكايتان ٢ فقرة ٦٢٧ ص ٤٢٧ - الدكتور صبحي المصصاني في انتقال الالتزام في القانون المدني اللبناني ص ٣٣ . ومن الصعب التسليم بأن القبول الذي يجعل الحوالة نافذة في حق المدين رقي حق الغير يصح صدوره قبل صدور الحوالة ، لأن هذا القبول لا يتحصل به العلم بالمحال له ، وعلم المدين بالمحال له أمر جوهرى لتنفيذ الحوالة في حقه وفي حق الغير . والقبول الذي يجوز صدوره قبل صدور الحوالة إنما هو القبول اللازم لانقضاء الحوالة ، لا تنفيذها ، في القوانين التي تشترط رضاه المدين في انقضاء الحوالة كما كان الأمر في التقنين المدني الأهل السابق (انظر الموجز لمؤلف فقرة ٥١٥ ص ٥٣١) .

ولا يتضمن قبول المدين للحالة نزولا منه عن الدفع التي كان له أن يدفع بها مطالبة المحيل ، فهو بالرغم من قبوله للحالة يستبقى هذه الدفع ، ويجوز له أن يتمسك بها قبل الحال له كما سنرى . فقبول الحال له للحالة لا يعنى أكثر من أنه علم بوقوع الحالة ، فأصبحت سارية في حقه ، وصار واجبا عليه أن يدفع الدين للمحال له لا للمحيل ، ولكن في الحدود التي يجب عليه فيها دفع هذا الدين للمحيل . ويستثنى من ذلك أمر واحد سبقت الإشارة إليه ، هو أن الدفع بالمقاصة الذي كان المدين يستطيع أن يتمسك به قبل المحيل لا يجوز التمسك به قبل الحال له إذا قبل المدين الحالة دون تحفظ (م ١/٣٦٨ ملغى) . ولكن هذا لا يمنع المدين من أن يضمن قبوله للحالة نزولا عن الدفع التي كانت له قبل المحيل ، فيصبح بهذا القبول البعيد المندى ملتزماً بدفع الدين للمحال له ، ولا يجوز له التمسك قبله بالدفع التي كان يستطيع التمسك بها قبل المحيل . ولكن مثل هذا القبول لا يفترض ، بل لا بد أن يكون الإطلاق فيه على هذا الوجه واضحا ، فان قام ثمة شك فسر القبول لصالح المدين ، واعتبر قبولاً للحالة مع الاحتفاظ بما للمدين من دفع كان له أن يتمسك بها قبل المحيل (١) .

فالقبول إذن ، بهذا التحديد ، لا يفيد أكثر من إقرار (٢) من جانب المدين بأنه علم بوقوع الحالة كما تقدم القول ، ولا يفيد أن المدين أصبح طرفاً في عقد الحالة ، فقد أسلفنا أن هذا العقد يتم دون حاجة إلى قبوله . ومن ثم إذا رفض المدين أن يقبل الحالة ، أمكن الاستغناء عن قبوله بإعلان الحالة إليه ، فالإعلان كالتقريب يفيد حتماً علم المدين بوقوع الحالة ، وهذا هو المقصود من كل من القبول والإعلان .

ويصدر القبول من المدين أو من نائبه أو من أى شخص آخر يمكن أن يوجه إليه الإعلان فيما لو كانت الحالة قد أعلنت ، وقد تقدم بيان من يوجه

(١) بلانيل وريبير وردوان ٧ ققرة ١١٢١ ص ٥٠١ - ص ٥٠٢ .
(٢) ومن ثم يكون القبول إيجابياً لا إنشائياً (الأستاذ عبد الحى حجازى ص ٢٥٠ - ص ٢٥١) ومع ذلك يقتضى القبول أهلية الالتزام (هيك ٣ ققرة ٢٤٢ - أنليكولوى دالوز ١ لفظ Cession de créance ققرة ٢٨٢ - وقارن بودرى وسينيا ققرة ٧٧٧) .

إليه إعلان الحوالة (١) .

وليس للقبول شكل خاص . فيصح أن يكون في ورقة رسمية (٢) ، كما يصح أن يكون في ورقة عرفية ثابتة التاريخ ، أو في ورقة عرفية غير ثابتة التاريخ . بل يصح ألا يكون مكتوباً أصلاً ، فيكون قبولاً شفوياً . وقد يكون قبولاً ضمنياً ، كما يقع فيما إذا دفع المدين بعض أقساط الدين للمحال له ففي هذا قبول ضمنى للحوالة (٣) ، وكما يقع فيما إذا استوفى المؤجر الأجرة مباشرة من المتنازل له عن الإيجار دون أن يبدى أى تحفظ في شأن حقوقه قبل المستأجر الأصل (م ٩٧ ثانياً مدني) . وبخضع القبول في هذه الحالة ، إذا أنكر المدين صلوره منه ، للقواعد العامة في الإثبات ، فيجوز إثباته بالبينة والقرائن إذا كان الحق المحال به لا يتجاوز عشرة جنيهات ، وإلا فلا يجوز إثباته إلا بالكتابة أو بما يقوم مقامها (٤) . كل هذا لنفاذ الحوالة في حق المدين ، أما لنفاذها في حق الغير ، فقد قلنا أن القبول يجب أن يكون في ورقة مكتوبة ثابتة التاريخ .

٣٦٨ - هل يقوم علم المدين بصور الحوالة مقام الدعوة

أو القبول : رأينا فيما قلناه أن المقصود من إعلان المدين بالحوالة أو قبوله بها

(١) وكلا لا يعتبر إعلان أحد المدينين المتضامنين بالحوالة إعلاناً الباقي (أنظر آتفا فقرة ٢٦٦ في الماش) كذلك لا يعتبر قبول أحد المدينين المتضامنين بالحوالة قبولاً بها من الباقي . وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن قبول أحد المدينين المتضامنين بالحوالة إنما هو تنازل فردي عن حقه الشخصي ، ولا يمسى حل غيره من المدينين الذين لم يرضوا بالحوالة ، ولا يمكن أن يعتبر وكيلاً عنهم في هذا الشأن (استئناف مصر ٣١ مارس سنة ١٩٤٣ المجموعة الرسمية ٤٣ رقم ٩ ص ٢٢١) . وليس من الضروري أن يعلم المحل أو المحال له بقبول المدين بالحوالة ، بل ينتج القبول أثره قبل علم أحد من هذين به ، إذ القبول هنا إرادة غير موجهة إلى شخص معين (بودري وسينيا فقرة ٧٨٠) .

(٢) وفي فرنسا يجب أن يكون القبول ثابتاً في ورقة رسمية حتى تكون الحوالة نافذة في حق الغير (م ١٦٩٠ من التقنين المدني الفرنسي) .

(٣) استئناف مخطط ١٥ يولية سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٣٧٠ . ومن باب أول لو دفع المدين كل الدين للمحال له : استئناف مخطط ٢٩ فبراير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٧٠ .

(٤) أنيكلويدى دالوز ١ لفظ Cession de créance فقرة ٣٠١ . أما في المسائل التجارية فيجوز الإثبات بجميع الطرق : استئناف مخطط ٣٠ مارس سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢٠٨ .

هو إثبات علمه بوقوعها ، فهل يستخلص من ذلك أنه متى ثبت علم المدين بالحوالة ، ولو من طريق آخر غير الإعلان أو القبول ، تكون الحوالة نافذة في حقه ؟

قد يعلم المدين بوقوع الحوالة دون أن يعلن بها على يد محضر ودون أن يصدر منه قبول بها . فقد يكون الحق المحال به مضموناً برهن رسمي وأشر المحال له على هامش القيد بالحوالة ، فلم المدين بها من هذا الطريق (١) . وقد يكون المدين قد حضر مجلس العقد وقت صلور الحوالة ، فلم بصورها . وقد يكون أجنبي أخطره ، شفوياً أو كتابة ، بوقوع الحوالة . وأيسر من هذا كله أن يكون المحال له أو الخيل هو الذي تولى بنفسه إخطار المدين بصور الحوالة ، ولكن لا بإعلان رسمي ، بل شفوياً أو كتابة ولو بكتاب مسجل . فما دام المدين لم يعلن رسمياً على يد محضر ، وما دام لم يصدر منه قبول بالحوالة ، فحق الكتاب المسجل الذي يخطره فيه المحال له أو الخيل بصور الحوالة لا يجعل علمه حاصلًا من أحد الطريقين اللذين رسمهما القانون لذلك .

في جميع هذه الأحوال لا يكون علم المدين بوقوع الحوالة ، كما قدمنا ، حاصلًا بالطريق الذي رسمه القانون . فلا يكون هذا العلم ، مهما استطاع ذو المصلحة أن يثبت ، بل ولو أقر به المدين نفسه ، كافياً في جعل الحوالة نافذة في حقه (٢) . ذلك أن القانون متى رسم طريقاً محدداً للعلم بتصريف معين ، فلا يجوز استظهار العلم إلا بهذا الطريق . فالتسجيل مثلاً طريق لشهر انتقال الحقوق العينية العقارية الأصلية ، فلا يكون انتقال هذه الحقوق نافذاً في حق الغير إلا من طريق التسجيل . والقيد طريق لشهر إنشاء الحقوق العينية العقارية التبعية ، فلا تنفذ هذه الحقوق في حق الغير إلا بالقيد . وكذلك الإعلان أو القبول طريق لشهر انتقال الحقوق الشخصية ، فلا تكون الحوالة نافذة في حق المدين وفي حق الغير إلا بالإعلان أو القبول (٣) .

(١) بودرى وسينيا فقرة ٧٩١ .

(٢) استئناف مختلط ٢٠ ديسمبر سنة ١٨٩٩ م ١٢ ص ٤٩ .

(٣) جيلوار ٢ فقرة ٧٧٨ — بودرى وسينيا فقرة ٧٩١ — فقرة ٧٩٢ — بلانول

وربيير وردوان ٧ فقرة ١١٢٢ .

هذه هي القاعدة ، ولا تحتل استثناء إلا في حالة الغش ، فإن الغش بطبيعة الحال يفسد أى تصرف (fraus omnia corrumpit) . وصورة الغش هنا أن يكون المدين عالماً بوقوع الحوالة عن طريق غير طريق الإعلان والقبول ، ثم يعمد غشاً ، متواطئاً مع المحيل ، إلى الوفاء له بالمدين إضراراً بحقوق المحال له ، وقد يحصل في مقابل ذلك على منفعة من المحيل كأن ينزل له عن جزء من الدين . فالوفاء بالمدين للمحيل هنا باطل ، أبطله الغش والتواطؤ . ويجوز في هذه الحالة للمحال له ألا يعتد بهذا الوفاء ، وأن يعلن الحوالة للمدين فتصبح نافذة في حقه ، ثم يطالبه بعد ذلك بالحق المحال به ، فيوفيه المدين مرة ثانية للمحال له ، وهو في هذا إنما يتحمل نتيجة غشه ، وليس له إلا الرجوع على المحيل بما دفعه له أول مرة . كذلك الحال فيما إذا حول الدائن حقه إلى شخص آخر ، وقبل إعلان المدين بالحوالة أو قبله بها تواطئاً المحيل مع شخص ثالث وحول له الحق مرة أخرى ، وبإعلان المحال له الثاني إلى إعلان المدين بالحوالة أو حمله على قبولها ، علم المدين بالحوالة الأولى أو لم يعلم . ففي هذه الحالة أيضاً تواطئاً المحيل مع المحال له الثاني ، وتحايلاً على جمل الحوالة الثانية نافذة في حق الغير قبل نفاذ الحوالة الأولى ، فيجوز للمحال له الأول ألا يعتد بالحوالة الثانية التي وقعت غشاً له (١) ، ويبادر إلى إعلان الحوالة الأولى للمدين ويطلبه بدفع الحق المحال به . فإذا لم يكن المدين قد وفى الحق للمحال له الثاني ، فعليه أن يوفيه للمحال له الأول لأن الحوالة الثانية وقعت باطلة للغش كما قدمنا . أما إذا كان المدين قد وفى الحق للمحال له الثاني ، فإن كان شريكاً في الغش ، فإن هذا الوفاء لا يعتد به وعليه أن يني الحق مرة أخرى للمحال له الأول على الوجه الذى قدمناه . أما إذا لم يكن شريكاً في الغش ، حتى لو كان مقصراً كل التقصير في عدم اتخاذ ما ينبغى الاحتياط (٢) ، فإن وفاءه الحق للمحال له الثاني يكون مبرئاً لزمته بعد

(١) استئناف مختلط ٧ مايو سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢٠٨ .

(٢) بلانيول وريبير ودوران ٧ لقرة ١١٢٢ ص ٥٠٤ هامش رقم ٢ — قارن أوبري ورو ٥ لقرة ٣٥٩ مكررة ص ١٤٧ — أنيكوليدى دالوز ١ لفظ (cession de créance) لقرة ٣٠٢ وما بعدها — ويلاحظ أن القاعدة المنطبقة هنا هي القاعدة العامة التي تقضى بأن الغش يفسد التصرفات ، وليست حكماً الدعوى الجزائية بشروطها الدقيقة ، خلافاً لما صرح به بودرى ومينيا (انظر لقرة ٧٩٢ ص ٨٣٦ ولقرة ٧٩٣ ص ٨٣٩ وص ٨٤٢) .

أن أصبحت الحوالة الثانية نافذة في حقه قبل نفاذ الحوالة الأولى ، ولا يجبر على الدفع مرة أخرى للمحال الأول . وليس أمام هذا إلا الرجوع بالتعويض على كل من المحيل واحمال له الثاني اللذين توطأ على الإضرار بمحقوقه (١) .

(١) وتختلف نصوص التقنيات الألماني والسويسري والإيطالي الجديد من نصوص التقنين المصري . فنصوص التقنين المدني المصري صريحة في أن الحوالة لا تكون نافذة في حق المدين إلا بالإعلان أو القبول . أما التقنين المدني الألماني (م ٤٠٧) وتقنين الالتزامات السويسري (م ١٦٧) والتقنين المدني الإيطالي الجديد (م ١٢٦٤/٢) فتتضمن بأن وفاء المدين اللذين للمحيل لا يكون ميراثاً للمته إلا إذا تم بحسن نية ، فإن أثبت المحال له أن المدين كان يعلم بوقوع الحوالة وقت أن وفى اللذين للمحيل ، ولو من غير طريق الإعلان أو القبول ، فإن الوفاء لا يكون صحيحاً ولا يبرئ ذمة المدين (انظر في التقنين المدني الألماني التعليلات مل هذا التقنين المادة ٣٩٨ ص ٥٦٧ — ص ٥٦٩ والمادة ٤٠٧ ص ٥٧٩) . ويذهب الأستاذ شفيق شحاتة إلى تفسير نصوص التقنين المدني المصري بما يحمل هذا التقنين في هذه المسألة متفقاً في الحكم مع التقنينين الألماني والسويسري (حوالة الحق في قوانين البلاد العربية ص ٣٣ — ص ٣٦) . ولا ننفي منه في هذا الرأي ، فإن نصوص التقنين المدني المصري صريحة في أن الحوالة لا تكون نافذة في حق المدين إلا بالإعلان أو بالقبول ، فإذا لم يعلن المدين بالحوالة ولم يصدر منه قبول بها ، فإنها لا تكون نافذة في حقه ، حتى لو علم بها من طريق آخر ، إلا إذا ارتكب غشاً في الوفاء للمحيل فإن النش حينئذ يجعل الوفاء غير مبرر . للمته (انظر من الرأي الذي اختارته الأستاذ عبد الحى حجازي ٣ — ص ٢٥٢ — ص ٢٥٥ والأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ٢٣٠ ص ٣٩٠ — ص ٣٢٠) .

وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدني الجديد يتضمن نصاً يجعل علم المدين بوقوع الحوالة من غير طريق الإعلان أو القبول ، ووفاءه باللذين مع ذلك للمحيل ، في حكم النش . فكانت المادة ٤٣٢ من هذا المشروع تجرى على الوجه الآتي : ١ — تبرأ ذمة المدين إذا لم يقبل الحوالة وفى اللذين للمحيل قبل أن يعلن بهذه الحوالة . ٢ — ومع ذلك لا تبرأ ذمة اللذين بهذا الوفاء إذا أثبت للذات المحال له أن المدين كان يعلم وقت الوفاء بصور الحوالة . وهذا النص هو الذى يتفق مع نصوص التقنينات الألماني والسويسري والإيطالي ، وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى في شأنه ما يأتى : « يصح التساؤل في ظل أحكام التقنين القائم (السابق) عما إذا كان في الوسع أن يتخذ من الأمر الواقع بديل من الاجراءات التى يتطلبها القانون . فلو فرض أن المدين علم بانقضاء الحوالة فلا ، فهل يجوز له أن يتسكع بعدم نفاذها في حقه استناداً إلى أنه لم يعلن بها ؟ جرى أكثر الفقهاء في فرنسا ، وشايهم في ذلك القضاء ، على أن علم اللذين بحوالة لم يعلن بها ولم يقبلها يجعل وفاءه للمحيل فاسداً ، وفقاً لما هو مأثور من أن كل ما يتربط على النش فاسد . وكذلك الشأن في المحال له الثاني إذا توطأ مع المحيل وعد إلى الانقياد على حق المحال له الأول ، فعواقبه هذه تعتبر باطلة وتنفذ في حقه الحوالة الأولى . ويراهى من ناحية أخرى أن فريقاً كبيراً من الفقه والقضاء الفرنسيين يستند إلى المادة ١٣٨٢ —

ولكن ليس من الضروري أن يكون علم المدين يوقع الحوالة ، من غير الطريقين اللذين رسمهما القانون وهما الإعلان والقبول ، سبباً في ثبوت الغش في جانبه . فقد يصل إلى علمه أن الدائن قد حول حقه إلى آخر ، ولكن لا يعلن بالحوالة ولا تعرض عليه لقبولها ، ثم يطلبه الدائن بالمدين ، فيقع في نفسه أن الحوالة التي سمع بها لاحقة لها ، فيؤثر الدين للدائن ، ولا يكون قد ارتكب

= (١٥١ / ٢٠٢ مصرى) ويفرج عليها بطلان كل تصرف يقع إخلالاً بحوالة لم تعلن ولم تقبل متى كان المتصرف قد علم فعلاً بتلك الحوالة ، وصدر في تصرفه هذا عن خطأ أو رعونة . ومؤدى ذلك أن البطلان يعتبر تمويشاً من هذا الخطأ أو تلك الرعونة وفقاً لقواعد المسؤولية التصرفية . وقد نصت المادة ١٦٧ من تقنين الالتزامات السويسرى على أن ذمة المدين تبدأ على الوجه الصحيح إذا أولى بالمدين بحسن نية لدائنه السابق قبل أن يقوم المدين أو الحال له بإبلاغه بالحوالة . فالتقنين السويسرى ، والحال هذه ، يقتض بالعلم بالفعل ، ولا يتطلب الدليل على غش أو تدليس ، بل هو لا يفترض توافر الخطأ . هل أن هذا التقنين لم يكن مبتدعاً في هذه الناحية ، فقد سبقه التقنين الألماني إلى ذلك ، ونص على المبدأ نفسه صراحة في المادتين ٤٠٧ و ٤٠٨ . وقد اختار المشروع هذا المبدأ باعتباره نتيجة طبيعية منطقية للتصور الفرنسى في هذا الشأن (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١١٨ هامش رقم ١) . ولكن نص المادة ٢٢٢ حلف في لجنة المراجعة « لأنه يتضمن حكماً تفصيلياً روى الاكتفاء فيه بتطبيق القواعد العامة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٣٨ هامش رقم ١) . والواقع من الأمر أن الحكم ليس بتفصيل ، وقد كان المراد به المدلول من التصوير الفني للفرنسى الذى يقتضى بأن علم المدين بالحوالة لا يمتد به إلا إذا كان حاصلاً عن طريق الإعلان أو القبول ، إلى التصوير الفني للتقنينات الأخرى (الألماني والسويسرى والإيطالى) الذى يجعل العلم بالفعل يفيى عن العلم القانونى على أن يحمل الحال له عبء إثبات هذا العلم بالفعل . وليس دقيقاً ما تقرره المذكرة الإيضاحية من أن هذا التصور الأخير هو نتيجة طبيعية منطقية للتصور الفرنسى . ولو بقى نص المشروع التمهيدى ولم يحدف ، لتمكن القول في التقنين المدينى المصرى أن العلم بالفعل يفيى عن العلم القانونى . ولكن بعد حذف هذا النص ، وأمام صراحة نص المادة ٣٠٥ مدنى القى تقتضى بأن « لا تكون الحوالة نافذة قبل المدين أو قبل الغير إلا إذا قبلها المدين أو أعلن بها ... » ، لم يبق مجال للقول في التقنين المدينى المصرى أن العلم بالفعل يفيى عن العلم القانونى . فلا بد لنفاذ الحوالة في حق المدين وفي حق الغير من أن يعلم بها المدين علماً قانونياً - دون أن يكتفى العلم بالفعل - من أحد طريقين ، الإعلان أو القبول . ويستثنى من هذه القاعدة حالة الغش بطبيعة الحال . وقد لوحظ اتجاه من القضاء الفرنسى إلى التوسع في هذا الاستثناء ، وافترض الغش إذا ثبت أن المدين قد حصل له العلم بالحوالة « علماً خاصاً شخصياً » ، حتى يكاد الاستثناء ينفرد القاعدة ، ويقتل من أهمية ما يشترطه القانون من شكلية في وجوب تحصيل العلم القانونى عن طريق الإعلان أو القبول (بلانويول وبيير وودوان ٧ فقرة ١١٢٢ ص ٥٠٥) ..

غشاً في هذا الوفاء (١). بل قد يعلم المدين حق العلم بوقوع الحوالة ، من غير الإعلان أو القبول ، ومع ذلك يطالبه الدائن بالدين ويلجأ في الطلب ، ولا يكون لدى المدين دليل على صدق الحوالة ، فلا يسمعه — بعد أن يخاطر المحال له إن كان يعرفه ثم لا يفعل هذا شيئاً لجعل الحوالة نافذة — إلا أن يني بالدين للدائن ، فلا يكون قد ارتكب غشاً في هذه الحالة ، ويكون وفاؤه مبرئاً لدمته بالرغم من علمه بالحوالة (٢).

كذلك ليس من الضروري أن يكون علم المحال له الثاني بصدور الحوالة الأولى ، من غير طريق الإعلان أو القبول ، سبباً في ثبوت الغش من جانبه . فقد يظن ، من جراء إبطاء المحال له الأول في جعل الحوالة نافذة ، أن الحوالة الأولى قد نقضت بفسخ أو إبطال أو مقابلة أو نحو ذلك . بل قد يكون المحال له الثاني موقناً كل اليقين من صدور الحوالة الأولى ومن أنها لا تزال قائمة ، ولكن لا يثبت الغش مع ذلك في جانبه ، بأن يكون قد اتفق مع المحيل على الحوالة الثانية قبل أن يعلم بالحوالة الأولى ، ثم يعلم بها ، فلا يسمعه في هذه الحالة إلا أن يبادر إلى المحافظة على حقوقه بأن يجعل الحوالة الثانية نافذة باعلائها إلى المدين أو يجعله على قبولها ، وهو في ذلك لم يرتكب غشاً ، ولم يرد الإضرار بحقوق المحال له الأول ، وإنما أراد دفع الضرر عن نفسه . وهذا هو أيضاً شأن الدائن العادي للمحيل إذا كان حقه ثابتاً قبل صدور الحوالة ، فإنه إذا بادر إلى توقيع حجز تحفظي تحت يد المدين ، حتى بعد علمه بصدور الحوالة ، لا يكون قد ارتكب غشاً للإضرار بالمحال له ، وإنما هو يسعى لدفع الضرر عن نفسه (٣) .

(١) ماركاديه ٦ المادتان ١٦٨٩ و ١٦٩٠ فقرة ١ — هيك ٢ فقرة ٣٤٨ وما بعدها — جيلوار ٢ فقرة ٧٨١ — فقرة ٧٨٢ — بودرى وسينيا فقرة ٧٩٣ .

(٢) بلانيول وريبير ودحوان ٧ فقرة ١١٢٢ ص ٥٠٥ — ويجوز أيضاً أن يكون الحق المحال به قد توافرت فيه الشروط اللازمة للمقاصة القانونية في حق مقابل ترتب في ذمة المحيل للمدين ، ولم يقبل المدين الحوالة ولم يعلن بها قبل وقوع المقاصة ، وإن كان قد علم بها قبل ذلك ، فعلمه بالفعل بالحوالة لا يمنع من وقوع المقاصة ، ولا يعتبر هذا التسلم غشاً في جانبه (بودرى وسينيا فقرة ٧٩٣ ص ٨٤٠) .

(٣) بودرى وسينيا فقرة ٧٩٣ — ٧٩٦ — بلانيول وريبير ودحوان ٧ فقرة ١١٢٢ .

٢٦٩ - إجراءات خاصة لجعل حوالة بعض الحقوق نافذة في حق

المدينين والغير : ماقدمناه من وجوب الإعلان أو القبول لنفاذ الحوالة ينطبق ، كما أسلفنا ، على الحقوق المدنية والتجارية على السواء .

إلا أن هناك أوضاعاً خاصة ، هي في الأصل أوضاع تجارية ، إذا أسبغت على الحق ، تجارياً كان أو مدنياً ، أصبحت له إجراءات خاصة لتكون حوالة نافذة في حق الغير . فقد يكون سند الحق سنداً اسمياً (titre nominatif) ، أو سنداً إذنياً (titre à ordre) ، أو سنداً لحامله (titre au porteur) .

أما السند الإسمى فيشمل الأسهم (actions) والسندات (obligations) التي تتخذ هذا الوضع ، وهي إما أنهم وسندات للشركات المساهمة أو سندات على الدولة . وحوالة هذه السندات الإسمية تتمتع فيها بين المحيل والمحال له بالتراضى كما هي القاعدة العامة ، إلا أن هذه الحوالة لا تكون نافذة في حق المدين أو في حق الغير إلا بقيد الحوالة في دفتر خاص يحتفظ به المدين : الشركة أو الدولة .

وأما السند الإذن فيشمل الكمبيالات (lettres de change) والسندات الإذنية (billets à ordre) والشيكات الإذنية (chèques à ordre) ، ويشمل كذلك ماورد في شأنه نص خاص كبوليصة التأمين (police d'assurance) وبوليصة الشحن (connaissement) وبوليصة التخزين (récépissé, warrant) . وتتعقد حوالة السند الإذن فيها بين المحيل والمحال له بالتراضى وفقاً للقواعد العامة . ولكنها لا تكون نافذة في حق المدين وفي حق الغير إلا بالتظهير (endorsement) ، وذلك بأن يضع صاحب السند توقيعه في ظهر السند . ومتى تم تظهير السند الإذن : (١) فالمدين لا يجوز له أن يوفى بالمدين إلا لحامل السند بالتظهير لا إلى الدائن الأصلي . (٢) وإذا تنازع حامل السند بالتظهير مع آخر حول له السند عن طريق الإعلان أو القبول ، فإن الأول هو الذى يتقدم ، ولو تأخر تاريخ التظهير عن تاريخ الإعلان أو القبول . (٣) ولا يجوز لدائن المظهر (أى الدائن

الأصلي (أن يوقعوا حيزاً تحفظياً تحت يد المدين (١) .

وأما السند لحامله فيشمل الأسهم والسندات التي تحرر ابتداء لحاملها أياً كان . ويجوز إضفاء وضع السند لحامله على أى حق تجارى أو مدنى ، وبخاصة على الشيكات . وتنعقد الحوالة فيما بين المحيل والمحال له فى السند لحامله بالتراضى . وتكون الحوالة نافذة فى حق المدين وفى حق الغير بالتسليم المادى ، فالسندات لحاملها تلحق إذن بالمقتولات المادية (٢) .

ونقتصر على هذا القدر فى هذه المسألة التى تعد من مباحث القانون التجارى.

(١) انظر فى عدم جواز التمسك بالدفع فى السند الإذنى الذى ينتقل بالتظهير بلافول وريبير ودوران ٧ فقرة ١١٣٧ .

(٢) وقد كان المشروع التمهيدى لتقنين المبنى الجديد يتضمن نصاً فى هذه المسألة ، فكانت المادة ٤٤٢ من هذا المشروع تجرى على الوجه الآتى : ١ - يجوز إثبات حق مدنى فى سند اسمى أو سند إذنى أو سند لحامله . وفى هذه الحالة تتم حوالة هذا الحق بالنقل أو التظهير أو التسليم . ٢ - ويجوز لصاحب السند فى هذه الحالة أن يحتج بجميع الدفع التى يجوز للمحال عليه أن يحتج بها وفقاً لما جاء بالمادة ٤٣٩ « . وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « لا يشترط اتخاذ الإجراءات المقررة فى المادة ٤٣٠ فى الحالات التى يواجهها هذا النص . فالقاعدة هى اتباع الأوضاع المقررة فى قانون التجارة فى حوالة الحق ولو كان مدنياً ، حتى أثبتت شكلاً فى سند اسمى أو سند إذنى أو سند لحامله . وتسرى على الحال عليه ، فى هذه الحالة ، أحكام المادة ٤٣٩ فيما يتعلق بما يجوز له التمسك به من الدفع أو أوجه الدفع العادية » . وقد حلف هذا النص فى لجنة المراجعة « اكتشافه بتطبيق للقواعد العامة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٣٣ - ص ١٣٤ فى المامش) .

الفصل الثاني

الآثار التي تترتب على حوالة الحق

٢٧٠ - تطبيق القواعد العامة - عمومات مشروعة : حوالة الحق عقد أو اتفاق يخضع في تكوينه وفي الآثار التي تترتب عليه للقواعد العامة التي تخضع لها العقود والاتفاقات . وقد رأينا ذلك في تكوين الحوالة ، وهذا هو الأمر أيضاً في الآثار التي تترتب عليها .

فإن كانت حوالة الحق معاوضة - يبعاً أو وفاء بمقابل أو رهناً أو هبة بعوض - فإن الآثار التي تترتب عليها هي الآثار التي تترتب على أى من هذه العقود اشتملت عليه الحوالة . ففي البيع يلتزم المبيع بنقل الحق وبضمان المستحق ، ويلتزم المالك له بدفع الثمن . وقس على ذلك الوفاء بمقابل والرهن والهبة بعوض .

وإن كانت حوالة الحق تبرعاً محضاً ، أى هبة بغير عوض ، تترتب عليها من الآثار ما يترتب على الهبة ، فيلتزم المبيع بنقل الحق وبضمانه إذا أخفى سبب الاستحقاق ، ولا يلتزم المالك له بإداء عوض ما .

هذا هو تطبيق القواعد العامة . غير أن الحق الشخص الذي هو محل الحوالة تقتضى طبيعته الخاصة أن تقوم علاقات متنوعة تتناول المالك له والمبيع والمالك عليه والغير .

فهناك علاقة تقوم بين المالك له والمبيع ، وأخرى تقوم بين المالك له والمالك عليه ، وثالثة تقوم بين المبيع والمالك عليه ، ورابعة تقوم بين المالك له والغير ممن استمد حقاً من المبيع .

فنبعث على التعاقب كلا من هذه العلاقات الأربع .

الفرع الأول

علاقة المحال له بالمحيل

٢٧١ - النص صى القانونية : تنص المادة ٣٠٧ من التقنين المدنى

على ما يأتى :

« تشمل حوالة الحق ضماناته ، كالكفالة والامتيار والرهن ، كما تعتبر شاملة لما حل من فوائد وأقساط »

وتنص المادة ٣٠٨ على ما يأتى :

« ١ - إذا كانت الحوالة بعوض فلا يضمن المحيل إلا وجود الحق المحال به وقت الحوالة ، ما لم يوجد اتفاق يقضى بذلك » .

« ٢ - أما إذا كانت الحوالة بغير عوض ، فلا يكون المحيل ضامناً حتى لوجود الحق » .

وتنص المادة ٣٠٩ على ما يأتى :

« ١ - لا يضمن المحيل يسار المدين إلا إذا وجد اتفاق خاص على هذا الضمان » .

« ٢ - وإذا ضمن المحيل يسار المدين ، فلا ينصرف هذا الضمان إلا إلى اليسار وقت الحوالة ، ما لم يتفق على غير ذلك » .

وتنص المادة ٣١٠ على ما يأتى :

« إذا رجع المحال له بالضمان على المحيل طبقاً للمادتين السابقتين ، فلا يلزم المحيل إلا برء ما استولى عليه مع القوائد والمصروفات ، ولو وجد اتفاق يقضى بغير ذلك » .

وتنص المادة ٣١١ على ما يأتى :

« يكون المحيل مستولاً من أفعاله الشخصية، ولو كانت الحوالة بغير عوض أو لو اشترط علم الضمان » (١) .

(١) تاريخ التصوص :

م ٣٠٧ : ورد هذا النص في المادة ٤٣٣ من المشروع التمهيدى حل الوجه الآتى : « تشمل حوالة الحق توابه كالكفالة والامتياز والرهن الرسمى ، كما تعتبر شاملة لما حل من فوائد وأقساط » وفى لجنة المراجعة حلفت كلمة « الرسمى » الواردة بعد كلمة « الرهن » ليحلل الرهن الرسمى وغيره من الرهون ، واستبدلت بكلمة « توابه » كلمة « ضماناته » تنسيقاً بين هذه المادة والمادة ٣١٨ ، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه فى التفتين المدنى الجديد ، وأصبح رقم المادة ٢١٩ فى المشروع التهاى . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم المادة ٢٠٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٢٠ — ص ١٢٢) .

م ٣٠٨ : ورد هذا النص فى المادة ٤٣٥ من المشروع التمهيدى حل وجه مطابق لما استقر عليه فى التفتين المدنى الجديد ، فيها هذا أن الفقرة الثانية من نص المشروع التمهيدى كانت تتضمن فى آخرها عبارة « ما لم يخفى حل غير ذلك » . وفى لجنة المراجعة حلفت هذه العبارة « حتى يخفى حكم هذه الفقرة مع حكم المادة ٤٣٧ من المشروع (وتقابل المادة ٣١٠ من التفتين المدنى الجديد) ، لأن المحيل بغير عوض لم يستول على شيء حتى يردده فى حالة الضمان المنقضى عليه » . فأصبح نص المادة مطابقاً لما استقر عليه فى التفتين المدنى الجديد ، وصار رقمها المادة ٣٢٠ فى المشروع التهاى . ووافق عليها مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٣٠٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٢٢ — ص ١٢٣) .

م ٣٠٩ : ورد هذا النص فى المادة ٤٣٦ من المشروع التمهيدى حل وجه مطابق لما استقر عليه فى التفتين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٢١ من المشروع التهاى ، فجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٣٠٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٢٤ — ص ١٢٥) .

م ٣١٠ : ورد هذا النص فى المادة ٤٣٧ من المشروع التمهيدى حل وجه مطابق لما استقر عليه فى التفتين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٢٢ من المشروع التهاى . وقد ذكر فى هذه اللجنة ، بعد أن تصاوت أحد الأعضاء عما إذا كان المقصود من الحكم الأخير منع الربا « أن المقصود من هذا الحكم أن يتحمل المحال له الدنم والغرم ، لأن الحوالة تنطوى على معنى المضاربة » . ووافق مجلس النواب حل النص ، ثم وافق عليه مجلس الشيوخ تحت رقم ٣١٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٢٦) .

م ٣١١ : ورد هذا النص فى المادة ٤٣٨ من المشروع التمهيدى حل وجه مطابق لما استقر عليه فى التفتين المدنى الجديد ، فيها هذا خلافاً لفظياً طفيفاً أزالت لجنة المراجعة ، فأصبح النصان تاماً ، وصار رقم المادة ٣٢٣ فى المشروع التهاى . ووافق عليها مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٣١١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٢٧ — ص ١٢٨) .

وتقابل هذه النصوص في التقنين المدنى السابق المواد ٣٥١ - ٣٥٣/٣٩٩ - ٤٤١ (١) .

وتقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدنى المسمى المواد ٣٠٧ - ٣١١ - وفي التقنين المدنى الليبي المواد ٢٩٤ - ٢٩٨ - وفي التقنين المدنى العراقى المواد ٣٦٥ و ٣٦٨ - ٣٧١ ، وفي تقنين الموجبات والعقود البنائى المادتين ٢٨٤ - ٢٨٥/٢ (٢) .

(١) التقنين المدنى السابق م ٤٣٩/٣٥١ : لا يضمن البائع المشتري إلا وجود الحق المبيع في وقت البيع ، وضمانه تكون قاصرة على ثمن المبيع والمصاريف . م ٤٤٠/٣٥٢ : لا يضمن المبيع يفسد المدنى في الحال ولا في الاستقبال إلا إذا وجد شرط صريح لكل من الحالتين الماكورتين . م ٤٤١/٣٥٣ : إذا باع شخص مجرد دعوى بدين أو بمجرد حق ، فلا يكون مسئولاً عن وجود الدين ولا عن وجود ذلك الحق . وأحكام التقنين المدنى السابق لا تختلف من أحكام التقنين المدنى الجديد . (٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السوري : م ٣٠٧ - ٣١١ (مطابقة للمواد ٣٠٧ - ٣١١ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى الليبي : م ٢٩٤ - ٢٩٥ و ٢٩٧ - ٢٩٨ (مطابقة للمواد ٢٧٠ - ٣٠٨ و ٣١٠ - ٣١١ من التقنين المدنى المصرى) .

م ٢٩٦ (مطابقة لفقرة الأول من المادة ٣٠٩ من التقنين المدنى المصرى) .
التقنين المدنى العراقى : م ٣٦٥ و ٣٦٨ و ٣٧٠ (مطابقة للمواد ٣٠٧ و ٣٠٨ و ٣١٠ من التقنين المدنى المصرى) .

م ٣٦٩ (مطابقة لفقرة الثانية من المادة ٣٠٩ من التقنين المدنى المصرى) .
م ٣٧١ : يضمن المبيع له حتى لو كانت الحوالة بغير عوض ، وحتى لو اشترط عدم الضمان (وهو موافقة في الحكم المادة ٣١١ من التقنين المدنى المصرى) .
تقنين الموجبات والعقود البنائى : م ٢٨٤ : يجب على المتفرغ أن يسلم إلى المتفرغ له سند الدين ، وأن يؤمله ما لديه من الوسائل لإثبات الحق المتفرغ عنه والحصول عليه . وهو يضمن المتفرغ له — فيما خلا التفرغ الجائى — وجود الحق المتفرغ عنه وقت إجراء التفرغ مع صحة هذا الحق ، غير أنه لا يضمن ملاءة المدين . أما إذا كان الاتفاق ينص على العكس فيما ينص بملاءة المدين ، فيجب أن يكون النص الراجع إليها مقتصر على الملاءة الحاضرة ، وأن تقتصر النتيجة على قيمة بدل التفرغ ، إلا إذا كان هناك تصريح مخالف .

م ٢٨٥/١ : إن التفرغ ينقل إلى المتفرغ له الدين مع جميع ملحقاته ، كالكفالة والامتياز والرهن والتأمينات العينية غير المنقولة ، وفقاً لصيغ والشروط المنصوص عليها في قانون الملكية والحقوق العينية ، كما ينقل جميع العيوب المتعلقة بالدين والمعاملات اللازمة له . =

ويتبين من هذه النصوص أنه في العلاقة ما بين الحال له والمحيل : (١) ينتقل الحق الحال له من المحيل إلى الحال له بمجرد انعقاد الحوالة ، وينتقل هذا الحق كما هو بما له من صفات وما يشتمل عليه من ضمانات وتوابع وما يلحق به من دفع (١). (٢) يلتزم المحيل نحو الحال له بالضمان .

أما ما يلتزم به الحال له نحو المحيل فيختلف باختلاف الحوالة . فإن كانت الحوالة بيعاً ، التزم الحال له بدفع الثمن . وإن كانت مقايضة أو وفاة بمقابل ، التزم الحال له بأداء العوض (٢) . وإن كانت هبة ، لم يلتزم الحال بأداء أى عوض ، إلا إذا كانت هبة بعوض فيلتزم بأداء هذا العوض . وإن كانت رهناً ، التزم الحال له - بمقتضى مصدر آخر لا بمقتضى الحوالة - أن يوفر المحيل الحق الذى يضمه الرهن ؛ وهكذا . فالإلتزام الحال له نحو المحيل يختلف إذن باختلاف الحوالة ، ودراسة هذا الإلتزام تدخل في دراسة العقد الذى اشتملت عليه الحوالة ، فلا شأن لنا به هنا .

ولئما نعيّن أن نبحث ما يلتزم به المحيل نحو الحال له : انقل الحق الحال به والضمان .

= وهذه الأحكام متفقة مع أحكام التقنين المدنى المصرى ، فيما عدا أن التقنين اللبنانى، وإن كان يجعل رجوع الحال بالضمان على المحيل مقصوراً في الأصل على استرداد ما دفع مع الفوائد والمصروفات ، إلا أنه يجيز الاتفاق على غير ذلك ، فيصح أن يشترط الحال له في عقد الحوالة أن يرجع بكل الحق . أما التقنين المدنى المصرى فيحتم أن يكون الرجوع مقصوراً على استرداد ما دفع مع الفوائد والمصروفات ، ولا يبيح الاتفاق على غير ذلك (انظر الدكتور صبحى المصطفى في انتقال الإلتزام في القانون المدنى اللبنانى ص ٢٩) .

(١) هل أنه إذا كانت الحوالة على سبيل الرهن ، فإن ملكية الحق لا تنتقل إلى الحال له ، بل ينتقل إليه حق عين عليه هو حق الرهن .

(٢) وقد يكون العوض وفاة دين ، فإذا نزل شريك لشريكه من نصيبه في الشركة في مقابل دفع ديون الشركة التى تخصه ، كانت هذه حوالة صميحة (استئناف مخطوط ١٩ مايو سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٤٢٠) .

المبحث الأول

انتقال الحق الحال به من المحيل إلى الحال له

٢٧٢ - انتقال الحق بصفاته وتوابعه : قلنا إن الحق الحال به ينتقل بالحوالة من المحيل إلى الحال له . والحق الذي ينتقل هو نفس الحق الذي كان في ذمة الحال عليه للمحيل ، فينتقل إذن بصفاته ودفعه ، ثم تنتقل معه أيضاً توابعه (١) .

للمطلب الأول

انتقال الحق بصفاته ودفعه

٢٧٣ - انتقال نفس الحق بمجرد انعقاد الحوالة : بمجرد أن نتعقد الحوالة بين المحيل والحال له ، أى حتى قبل أن تكون نافذة في حق المدين وفي حق الغير بالإعلان أو القبول ، ينتقل نفس الحق الحال به من المحيل إلى الحال له (٢) ، وينتقل بكل قيمته حتى لو كان الحال له دفع فيه ثمناً أقل كاهو الغالب (٣) . ذلك أن الحق الحال به ، وإن كان حقاً شخصياً ، يعتبر منقولاً معيناً بالذات ،

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التفسيرية ٢ ص ١٢١ .

(٢) استئناف مخطوط ٨ فبراير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١٥٨ .

(٣) وقد قضت محكمة دسباط بأنه إذا اشترى الحال له الدين بأقل من قيمته الإسمية ، كان له الحق في مطالبة المدين بكامل الدين (٧ يناير سنة ١٩٣١ المحبوعة الرسمية ٣٢ رقم ١٥٠ ص ٣١٠) . هذا ما لم يكن الدين متنازحاً فيه ، فمند ذلك يجوز للمدين التخلص من الدين برده المثل الذي دفعه الحال له للمحيل والمصروفات والفوائد من وقت الدفع ، وقد تقدم بيان ذلك (انظر آنفاً . فقرة ٢٥٣) .

ولا يرجع الحال له على المدين بمصروفات الحوالة ذاتها ، فهذه يتحملها هو (استئناف مخطوط ٧ نوفمبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ١٤ — ١١ أبريل سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢١١) .

فتنتقل ملكيته فيما بين المتعاقدين - أى فيما بين الحميل والحيل له - بمجرد العقد دون حاجة إلى أى إجراء آخر (١) .

والحق الذى ينتقل هو نفس الحق الذى كان فى ذمة المدين للمحيل ، فيصبح - بعد أن تصبح الحوالة نافذة فى حق المدين - فى ذمة المدين للمحال له . ولما كان الذى ينتقل هو نفس الحق ، فانه ينتقل بماله من صفات وما عليه من دفع . فان كان حقاً مدنياً أو تجارياً ، انتقل بصفته هذه إلى المحال له . وإن كان حقاً قابلاً للتنفيذ بموجب حكم أو سند رسمى ، انتقل إلى المحال له بهذه الصفة أيضاً . وإن كان حقاً ينتج فوائد ، انتقل بقابليته لإنتاج الفوائد . وهكذا .

كذلك ينتقل الحق بما عليه من دفع ، فيجوز للمدين أن يتمسك قبل المحال له بنفس الدفع الذى كان يصح له أن يتمسك بها قبل الحيل ، وسيأتى بيان ذلك .

ويرتب على ما قدمناه أنه بعد انعقاد الحوالة ، وقبل صيرورتها نافذة فى حق المدين ، يتمتع على الحيل أن يطالب المدين بالحق المحال به . فإذا وفاه المدين الدين وهو حسن النية لا علم له بالحوالة ، فان الوفاء يكون صحيحاً مبرئاً للذمة من جانب المدين ، ولكن الحيل يكون مسئولاً قبل المحال له بالضعفان .

٢٧٤ - تسليم سند الحق ووسائل إثباته : وانتقال الحق إلى المحال

له يقتضى أن يلتزم الحيل بتسليم المحال سند هذا الحق والوسائل التى تؤدى إلى إثباته . وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد يتضمن نصاً فى هذا المعنى ، فكانت المادة ٤٣٤ من هذا المشروع (٢) تجرى على الوجه الآتى :

« يجب على الحيل أن يسلم إلى المحال له سند الحق المحال به ، وإن يقدم له وسائل إثبات هذا الحق وما هو ضرورى من بيانات لتسكينه من حقه » . وقد

(١) وقد سبقت الإشارة إلى أنه يحسن القول بأن الحق ينتقل بالحوالة ، دون القول بأن الحوالة تنشئ التزاماً بنقل الحق يتم تنفيذه بمجرد نشوئه (انظر آنفاًقرة ٢٦٣) .

(٢) انظر أيضاً المادة ٣٦٧ من التقنين المدنى العراقى والمادة ٢٨٤ من تقنين الموجبات والمقرد البنى .

حذف هذا النص في لجنة المراجعة (١) ، ولكن حذفه لا يفيد أن حكمه قد نسخ ، ففي تطبيق القواعد العامة غناء عنه .

والذى يقع عادة أن سند الحق هو الذى تلون فيه الحوالة ، ويسلمه المحيل إلى المحال له كمستند لصدور الحوالة ذاتها وكستند للحق المحال به فى وقت واحد . فإذا كان الحق المحال به غير ثابت بالكتابة ، صححت مع ذلك حالته كما قدمنا ، وعلى المحيل أن يهيئ للمحال له وسائل إثبات هذا الحق من بيته وقرائن وغير ذلك .

وإذا كان المحال به هو جزء من الحق ، يبقى السند مشتركاً بين المحيل والمحال له (٢) .

وسرى أن توابع الحق تنتقل معه . فإذا كان هناك ضمان للحق المحال به ، وجب على المحيل تمكين المحال له من هذا الضمان ، بأن يعاون فى التأشير على هامش القيد إذا كان الضمان هو رهن رسمى أو رهن حيازى عقارى أو حق امتياز عقارى أو حق اختصاص ، وبأن يسلم للمحال له سند الكفالة إذا كان الضمان هو كفيل شخصى .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٢٠ فى الهامش — وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن تسلم الحقوق المبيعة يكون باعطاء سندات المشتري بالتسجيل فى الانتفاع بها إذا لم يوجد مانع من الانتفاع (استئناف مصر ٣١ مارس سنة ١٩٢٩ المجموعة الرسمية ٣٠ رقم ١٢٧ ص ٣٠٧) . وإذا كانت الحوالة بمقابل ، ولم يدفع المحال له هذا المقابل للمحيل ، كان لهذا الأخير أن يبيع سند الدين حتى يستوفى المقابل . وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن التنازل من الدين يعتبر بمثابة عقد بيع بمقتضى المادة ٣٤٨ مدنى ، ففسر على قواعد البيع ، ويكون للبايع حق حبس المبيع إذا لم يكن سلمه إلى المشتري ، كما يجوز له أن يسترد المبيع إذا كان قد سلمه إليه (استئناف مصر ٣١ مارس سنة ١٩٢٩ المجموعة الرسمية ٣٠ رقم ١٢٧ ص ٣٠٧) . وإذا لم يوف المحال له القسط الأخير من مقابل الحوالة للمحيل ، وكان المحيل قد اشترط فى هذه الحالة أن يكون له حق تقدم على الحق المحال به فيما يتبقى من المقابل ، لم يحز المحيل أن يفسخ الحوالة ، وحل محل المحال له فى جزء من الحق المحال به بمقدار ما تبقى من المقابل (استئناف مخطوط ٢٩ مايو سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ٢٣٢) .

(٢) ويمكن لإيداع السند عند أمين لحساب كل من المحيل والمحال له . وإذا كان السند ورقة رسمية ، جاز استخراج صورة منها للمحال له أو للمحيل (بودرى وسينيا فقرة ٨٠٨ — بلانويول وديير وروان ٧ فقرة ١١٢٥) .

المطلب الثاني

انتقال توابع الحق المحال به

٢٧٥ - انتقال ضمانات الحق : قلنا أن المادة ٣٠٧ مدني تقضي بأن تشمل حوالة الحق ضماناته ، كالكفالة والامتياز والرهن . وهذا طبيعي ، فإن ضمانات الحق هي من توابعه ، ومن شأنها أن تؤكد وتقويه . ولا شك في أن المحال له اعتمد عليها عندما حول له الحق . فما لم يكن هناك اتفاق خاص بين المحيل والمحال له على عدم انتقال هذه الضمانات أو بعضها ، فإنها تنتقل من غير حاجة إلى ذكر ذلك في عقد الحوالة بحكم أنها من توابع الحق المحال به (١) .

وقد ذكر النص الكفالة والامتياز والرهن ، ولم يذكر ذلك على سبيل الحصر ، بل على سبيل التمثيل . فكل ضمانات الحق المحال به تتبعه وتنتقل معه إلى المحال له ، سواء كانت هذه الضمانات عينية كالرهن الرسمي وحق الاختصاص والرهن الحيازي وحقوق الامتياز ، أو كانت شخصية كالكفالة والتضامن وعدم القابلية للانقسام .

فاذا كان للحق المحال به كفيل شخصي ، بقي هذا الكفيل ضماناً للحق للمحال له كما كان ضماناً لإياه للمحيل ، ولا حاجة لرضائه بالحوالة (٢) إذ هو يكفل المدين ، وشخص المدين هو الذي يعنيه والمدين لم يتغير وإنما تغير الدائن ، شأنه في ذلك شأن المدين نفسه وقد تغير عليه الدائن دون حاجة إلى رضاه . على أنه لا بد من إعلان الكفيل بالحوالة أو قبوله لها حتى يعلم بها ، فانه إذا كان لا يعلم بالحوالة ووفى الدين عن المدين كان الوفاء صحيحاً مبرئاً لدمته .

وإذا كان المدينون في الحق المحال به متعددين وكانوا متضامنين ، فإن الحق ينتقل إلى المحال له قبل هؤلاء المدينين التضامنين جميعاً ، ولا بد من إعلانهم

(١) استئناف مخطوط ١٠ ديسمبر سنة ١٩١٩ م ٣٢ ص ٥٩ .

(٢) استئناف مخطوط ٣٠ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٢٣٥ .

كلهم بالحالة أو قبولهم لها حتى تنفذ في حقهم كما سبق القول . وكذلك الأمر لو كان الدين غير قابل للتقسام وكان مدينوه متعددين (١) .

٢٧٦ — انتقال ماحل من فوائروأقساط : وتقول المادة ٣٠٧ مدني

أيضاً إن حوالة الحق تعتبر شاملة لما حل من فوائد وأقساط . وقد قلعنا أن الحق ينتقل بصفاته إلى المحال له ؛ فلو كان حقاً مقسماً أو كان حقاً ينتج فوائد ، انتقل على هذه الصفة . ويكون للمحال له في هذه الحالة الحق في قبض الفوائد والأقساط التي لم تحل ، ولو كان ذلك عن مدة سابقة على عقد الحوالة . فلو أن حقاً ينتج فوائد قسط أقساطاً سنوية ، ويحل القسط الأول منه هو والفوائد في آخر عام ١٩٥٧ ، وحول الحق في آخر شهر يونيو سنة ١٩٥٧ ، فإن المحال له يستحق أقساط الحق وفوائده ، ويدخل في ذلك القسط الأول ولو أن بعضه عن نصف سنة سابقة على صدور الحوالة ، ويدخل في ذلك أيضاً فوائد الحق جميعها ولو أن بعضها مستحق عن نصف السنة السابقة على الحوالة .

بل إن المحال له يستحق ماحل فعلاً وقت صدور الحوالة من فوائد وأقساط مادام المحيل لم يقبضه . فلو أن الحوالة في المثل المتقدم صدرت بعد آخر عام ١٩٥٧ ، ولم يكن القسط الأول والفوائد قد دفعت قبل صدور الحوالة ، فإن المحال له يستحقها جميعاً ولو أنها مستحقة عن مدة كلها سابقة على الحوالة . ذلك أنها تعتبر من توابع الحق المحال به ، فما لم يحتفظ المحيل بها صراحة أو ضمناً ، فإن المفروض أنه قبل أن تنتقل مع الحق المحال به إلى المحال له ، شأنها في ذلك شأن التوابع الأخرى (٢) .

(١) وتنتقل أيضاً مع الحق المحال به كل ميزة أخرى متصلة بالحق ولو لم تكن ضماناً له . فلو أن مستأجراً حصل من المؤجر في عقد الإيجار على وعد ببيع المين المؤجرة ، ثم نزل المستأجر من الإيجار لآخر ، فإن التنازل له ينتقل إليه حق المستأجر في الإيجار وسه الحق في الوعد بالبيع الصادر من المؤجر (انظر في هذا المعنى بودوي وسينيا فقرة ٨١١) .

(٢) ديرانتون ١٦ فقرة ٥٠٧ — هيك ٢ فقرة ٤٤٨ — بودوي وسينيا فقرة ٨١٠ — بلانيول وريبير وروان ٧ فقرة ١١٢٦ ص ٥١٢ — ص ٥١٣ — انظر عكس ذلك لوران ٢٤ فقرة ٥٣٣ .

٢٧٧ - انتقال الرعاوى التى تذكر الحق المحال به دونه الرعاوى

التي تنافيه : وقد يصحب الحق المحال به دعاوى بعضها تؤكد بعضها تنافيه ، فالدعاوى التي تؤكد هي التي تنتقل معه إلى المحال له لأنها تعتبر من توابع الحق ، أما الدعاوى التي تنافيه فهي تتعارض معه ولا تعتبر من توابعه فلا تنتقل إلا باتفاق خاص بين المحيل والمحال له .

ولإيضاح ذلك نفرض أن البائع قبل أن يستوفى الثمن من المشتري حول هذا الحق إلى آخر وكان البائع يحق له أن يبطل هذا البيع لسبب يرجع أما إلى نقص في الأهلية أو إلى عيب في الإرادة كغلط أو تدليس أو إكراه . فهنا مصحح الحق المحال به دعويان : الأولى دعوى الفسخ لعدم وفاء المشتري بالثمن ، والأخرى دعوى الإبطال لنقص الأهلية أو للعيب في الإرادة .

أما دعوى الفسخ فن شأنها أن تؤكد الحق المحال به ، إذ هي بمثابة ضمان للبائع لاستيفاء حقه من المشتري ، وتعديل حق الامتياز على المبيع . وإذا كان حق الامتياز يكفل للبائع أن يستوفى الثمن ببيع العين المبيعة جبراً على المشتري ، فإن دعوى الفسخ تكفل للبائع أن يسترد العين المبيعة ذاتها ، وقد يكون مجرد التهديد بها كافياً لدفع المشتري إلى الوفاء بالثمن (١) . ومن ثم تنتقل دعوى الفسخ بالحالة من المحيل إلى المحال له (٢) ، ويستطيع هذا إذا لم يستوف من المشتري الثمن المحال به أن يفسخ البيع كما لو كان هو البائع ويأخذ العين المبيعة بدلا من الثمن (٣) .

(١) بودرى وسينيا فقرة ٨١٢ ص ٨٥٣ — ص ٨٥٤ .

(٢) الأستاذ إسحاق غانم في أحكام الالتزامات فقرة ٢٢٩ ص ٣١٨ .

(٣) استئناف مغلط ١٦ يناير سنة ١٩١٣ م ٢٥٠ ص ١٣٧ — انظر عكس ذلك لوران ٢٤

فقرة ٥١٥ — الأستاذ شفيق شحاتة في حوالة الحق في قوانين البلاد العربية فقرة ٤٨ ص ٤٢ .
عل أن هناك حالات لا يستطيع فيها المحال له أن يفسخ البيع ويأخذ المبيع من المشتري ، وذلك عندما يكون المبيع متصلا اتصالاً وثيقاً بملك البائع ، كما إذا كان حق ارتفاق رتبة البائع للمشتري على أرضه أو حائطا جملته البائع مشتركا بينه وبين المشتري . ففي مثل هذه الحالات مقتضى الفسخ أن يزول الارتفاق ولكن لمصلحة البائع لا لمصلحة المحال له ، أو أن ترجع الحائط ملكاً خالصاً ولكن للبائع لا للمحال له ، فلا يفقد المحال شيئاً من الفسخ . ومن ثم تستصحب طابع الأشياء على أن يكون المحال له دعوى الفسخ ، فلا تنتقل هذه الدعوى مع الحق المحال به إلى المحال له (انظر في هذا المبنى بودرى وسينيا فقرة ٨١٣) .

وأما دعوى الإبطال فأنها تنافي الحق المحال به . ذلك أن البائع إذا حول الثمن ، فهو بهذه الحوالة يؤكد وجوده في ذمة المشتري ، وبما يتنافى هذا التأكيد لإبطال البيع - وهو مصدر الالتزام بالثمن - لنقص في الأهلية أو لعب في الإرادة . والبائع ، عند الحوالة بالثمن ، إما أن يكون عارفاً بوجود دعوى الإبطال ، فإقدامه على حوالة الثمن يعتبر إجازة ضمنية للبيع ، وإما أن يكون غير عارف بوجود هذه الدعوى ، فلا يمكن افتراض أنه أراد تحويلها . ومن ثم لا تنتقل دعوى الإبطال مع الحق المحال به ، لأنها لا تعتبر من توابع هذا الحق ، إذ هي لا تؤكد وجوده بل تنفي هذا الوجود . كل ذلك ما لم يكن هناك اتفاق خاص بين المحيل والمحال له على انتقال دعوى الإبطال مع الحق المحال به (١) .

المبحث الثاني

إلزام المحيل بضمان الحق المحال به للمحال له

٢٧٨ - مصادره : إذا استعرضنا نصوص المواد ٣٠٨ - ٣١١ مدني السالف ذكرها ، وهي النصوص الخاصة بالالتزام المحيل بضمان الحق المحال به ، وجدنا أن هناك مسألتين : (١) ما يضمنه المحيل للمحال له (٢) وما يرجع به المحال له على المحيل عند تحقق الضمان .

المطلب الأول

ما يضمنه المحيل للمحال له

٢٧٩ - ملاحظات مختلفة : أول ما يضمن المحيل أفعاله الشخصية ، فإن المادة ٣١١ مدني تنص كما رأينا ، على أن « يكون المحيل مسئولاً عن أفعاله الشخصية ، ولو كانت الحوالة بغير عوض أو لو اشترط عدم الضمان » .

(١) انظر في هذا المعنى أوبري ورو هـ فقرة ٣٥٩ مكررة هامش رقم ٤٩ - جيلوار ٢ فقرة ٨١٩ - هيك ٢ فقرة ٤٤٩ - بودي وسينيلا فقرة ٨١٢ ص ٨٥٢ - ص ٨٥٣ - وقارن بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٢٦ ص ٥١٥ .

ثم هو بوجه عام يضمن - علما أفعاله الشخصية - وجود الحق الذى حوله ، وهذا هو الضمان بحكم القانون (garantie de droit) . ويجب التمييز فى ذلك بين ما إذا كانت الحوالة بعوض أو كانت بغير عوض .

وقد يتفق مع الحال له على ضمان أخف أو أشد من هذا الضمان الذى يفرض عليه بحكم القانون ، وهذا هو الضمان الاتصافى أو الضمان الواقعى (garantie de fait) . وهنا أيضا يجب التمييز بين الحوالة بعوض والحوالة بغير عوض .

فتجتمع لنا بذلك الحالات الآتية : (١) ضمان المحيل لأفعاله الشخصية . (٢) الضمان فى الحوالة بعوض بحكم القانون . (٣) الضمان فى الحوالة بعوض بحكم الاتفاق . (٤) الضمان فى الحوالة بغير عوض بحكم القانون . (٥) الضمان فى الحوالة بغير عوض بحكم الاتفاق .

٢٨٠ - ضمان المحيل لوثقائه الشخصية : يضمن المحيل للمحال له

جميع الأفعال التى تصدر منه بعد صدور الحوالة ويكون من شأنها الانتقاص من الحق المحال به أو زواله .

فيكون مسئولاً ، بحكم هذا الضمان ، إذا هو بعد الحوالة ، وقبل صيرورتها نافذة فى حق المدين ، استوفى الحق من هذا الأخير ، سواء كان متواطئاً معه أو غير متواطئ ، وسواء كان المدين يعلم بصدور الحوالة أو لا يعلم . فإن فعل ذلك ، رجع عليه المحال له بالضمان على الوجه الذى سنبينه ، لأن المحيل مسئول عن الفعل الشخصى الذى صدر منه بعد صدور الحوالة ، وهذا الفعل هو استيفاء الحق من المدين .

ويكون مسئولاً أيضاً ، بحكم هذا الضمان ، إذا هو بعد الحوالة ، وقبل صيرورتها نافذة فى حق الغير ، تصرف فى الحق المحال به تصرفاً مناقضاً للحوالة الأولى ، بأن باعه مرة أخرى أو وهبه أو رهنه أو أجرى فيه أى تصرف آخر . فإذا عمد المحيل بعد الحوالة الأولى إلى تحويل الحق مرة أخرى إلى محال له ثان ، واستطاع هذا المحال له الثانى جعل حوائله نافذة فى حق المحال له الأول ، رجع المحال له الأول على المحيل بالضمان من جراء فعل شخصى صدر منه ، هو تصرفه فى الحق المحال به بعد أن حوله .

ويكون مسئولاً كذلك ، بحكم هذا الضمان ، إذا عمد أحد دائئيه ، بعد صدور الحوالة وقبل صيرورتها نافذة في حق الغير ، إلى توقيع حجز تحفظي على الحق الحال به وصار هذا الحجز نافذاً في حق الحال له . فإن الحال له في هذه الحالة يرجع بالضمان على المحيل بسبب أن الحجز التحفظي ، وإن لم يكن عملاً شخصياً صادراً من المحيل نفسه ، هو عمل صادر من جهته وبسبب الدين الذي في ذمته للدائن الحاجز .

والمحيل مسئول عن أفعاله الشخصية التي تصدر بعد الحوالة على النحو الذي قلناه ، مادامت هذه الأفعال تنتقص من الحق الحال به أو تنقص من توابعه كرهن أو أى ضمان آخر (١) . ويستوى في ذلك أن تكون الحوالة بعوض أو بغير عوض ، وأن يكون الضمان بحكم القانون أو بحكم اتفاق يشدد أو يخفف من مسئولية المحيل ، بل تتحقق المسئولية على النحو المتقدم حتى لو اشترط المحيل عدم الضمان . فالمسئولية هنا ناشئة عن خطأ تقصيري ، ولا يجوز الاتفاق على استبعاد أو تعديل المسئولية . وهذا ما نصت عليه صراحة المادة ٣١١ مدني ، كما رأينا ، إذ نقول : « يكون المحيل مسئولاً عن أفعاله الشخصية ، ولو كانت الحوالة بغير عوض أو لو اشترط عدم الضمان » (٢) .

(١) استئناف مخطئ ١٠ فبراير سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ٥٨ .

(٢) وقد يقال أن المسئولية هنا ناشئة عن عقد الحوالة ، وأن المادة ٣١١ مدني ليست تقريراً للقواعد العامة في المسئولية التقصيرية ، بل هي تفرض على المحيل التزاماً بضمان أفعاله الشخصية نشأ من تعاقله مع الحال له . ولكن يتبرهن هذا القول أنه لو صح لجاز المحيل اشتراط عدم الضمان من قبله الشخص الذي لا يعتبر غشاً أو خطأ جسيماً ، إذ يجوز للدين في المسئولية التقديرية أن يشترط إقصاءه من أية مسئولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه المتألف إلا ما ينشأ عن غشه أو عن خطأ الجسيم (م ٢١٧/٢ مدني) ، في حين أن المادة ٣١١ مدني تبطل اشتراط عدم الضمان من أى خطأ ، دون تمييز بين خطأ وخطأ . ومهما يكن من أمر ، فإنه إذا تحققت مسئولية المحيل عن أفعاله الشخصية ، كان ملتزماً بتعويض الحال له تعويضاً كاملاً ، ولا يقتصر على رد ما استول عليه مع القوائد والمصرفات . وهذا الحكم يتفق ، لا فصب مع قواعد المسئولية التقصيرية ، بل أيضاً مع قواعد المسئولية التقديرية . أما ما نصت عليه المادة ٣١٠ مدني من أن التزام المحيل بالضمان يقتصر على رد ما استول عليه مع القوائد والمصرفات ولو وجد اتفاق يقتضيه بغير ذلك ، فإن هذا لا يشمل مسئولية المحيل عن أفعاله الشخصية ، إذ أن هذه المسئولية لا يتناولها حكم المادة ٣١٠ مدني كما سيأتي (انظر فقرة ٢٨٥) .

٢٨١ - الضمان في الحوالة بموضى . حكم القانون : إذا كانت

الحوالة بموضى ، ولم يكن هناك اتفاق خاص على الضمان بين المحيل له ، فإن المحيل يضمن للمحال له ، بحكم القانون (١) ، وجود الحق المحال به وقت الحوالة (٢) . وهذا هو ما تقتضيه الفقرة الأولى من المادة ٣٠٨ مدنى ، فقد رأينا أنها تنص على أنه « إذا كانت الحوالة بموضى ، فلا يضمن المحيل إلا وجود الحق المحال به وقت الحوالة (٣) » .

ويكون الحق المحال به غير موجود وقت صدور الحوالة ، فيجب على المحيل

(١) نقول بحكم القانون ، أى دون أن تكون هناك حاجة إلى اتفاق خاص ، وإلا فإن الالتزام بالضمان مصدره عقد الحوالة ، الذى يلزم المحيل بوجبه أن ينقل الحق المحال به إلى المحال له ، ولم يتم بالتزامه . تبقى حالة ما إذا كان الحق المحال به غير موجود أصلاً ، إذ قد يقال إن الحوالة فى هذه الحالة تكون باطلة لانعدام محلها ، والمقد الباطل لا ينشئ التزاماً بالضمان ، إذ لا يترتب أثر على المقد الباطل . والقول بأن أساس الالتزام بالضمان فى هذه الحالة هو الخطأ عند تكوين العقد (انظر الأستاذ شفيق شحاتة فى حوالة الحق فى قوانين البلاد العربية ص ٢٦ هامش رقم ١) يعارضه أن المشرع المصرى قد استبعد هذه النظرية بعد أن كان المشرع التمهيدى (٢٠٤ م من المشروع) قد نص عليها . فلا يبق إذن إلا القول بأن المسؤولية هنا مسئولية قانونية ، حدد القانون (٣٠٨ م مدنى) نطاقها ، فجعل الجزاء فيها مقصوراً على رد الثمن والمصروفات ولم يجعله تعويضاً كاملاً ، وأجاز استبعادها باتفاق خاص . أما إذا قلنا بأن المسؤولية لا تزال مسئولية عقدية ، فلا بد من افتراض أن عقد الحوالة إذا وقع على حق غير موجود يبق قائماً من حيث إلزام المحيل بالضمان . فكان الحوالة تفتقر وجود عقد آخر إلى جانبها يلزم المحيل بالضمان إذا كان الحق المحال به غير موجود ، فإذا كانت الحوالة باطلة لانعدام محلها ، فإن هذا المقد الآخر يبق قائماً وهو مصدر الالتزام بالضمان (ويؤيد ذلك أن الحوالة فى التقنين الألمانى تشتمل على اتفاق ناقل للالتزام وهذا عقد مجرد واتفاق منتهى لالتزامات شخصية : انظر ما يلى فقرة ٣١٣ فى الهامش) . أو يقال إن عقد الحوالة الباطل قد تحول هو ذاته إلى عقد منتهى للالتزام بالضمان ، طبقاً لنظرية تحول المقد : انظر المادة ١٤٤ مدنى ، وانظر فى هذا المعنى فيما يتعلق ببيع ملك الغير الأستاذ سليمان مرقس والأستاذ محمد على أمام فى عقد البيع فقرة ٢٨١ ص ٤٦١ — ٤٦٢ .

(٢) استئناف غنطل ٢١ مارس سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٢٠٢ — مصر مستعجل ٢٨ يولية سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٩ رقم ١٨١ ص ٤١٨ .

(٣) انظر المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٢٧ .

الضمان، إذا كان مصدر هذا الحق عقداً باطلاً (١). فإذا كان مصدر الحق عقداً قابلاً للإبطال للمصلحة المدين الذي ترتب الحق في ذمته، وأبطله هذا فعلاً، صار الحق غير موجود ووجب الضمان على المحيل، حتى لو كان الحكم بالإبطال قد صدر بعد صدور الجعالة، لأن للإبطال أثر رجعي فيعتبر الحق كأنه لم يوجد أصلاً، ومن ثم لا يكون موجوداً وقت صدور الجعالة (٢). ويجب الضمان أيضاً على المحيل إذا كان الحق المحال به قد انقضى قبل صدور الجعالة بأي سبب من أسباب الانقضاء، كأن يكون المحيل قد استوفاه أو قضاه بالتجديد أو بالمقاصة أو بإتمام الدفعة أو بالإبراء أو أن يكون الحق قد انقضى بالتقادم. أما إذا كان الحق قد انقضى بعد صدور الجعالة بفعل المحيل، كما إذا كان قد استوفاه أو جرده أو أبرأ منه ذمة المدين بعد أن صدرت منه الجعالة، فإنه يكون ملتزماً بالضمان، ولكن بسبب فعل شخصي قد صدر منه على النحو الذي قدمناه. ويصح أيضاً أن يكون الحق المحال به قد انعدم وقت صدور الجعالة، فيجب الضمان على المحيل، إذا كان هذا الحق معلقاً على شرط فاسخ ولا يعلم المحال له بهذا الشرط، ثم تحقق الشرط الفاسخ قبل صدور الجعالة أو بعد صدورهما، فينعدم الحق بأثر رجعي ويتبين أنه لم يكن موجوداً وقت الجعالة، فيكون المحيل ملتزماً بالضمان. أما لو كان المحال له يعلم أن الحق معلق على شرط فاسخ وقبل الجعالة على هذا الوصف، ثم تحقق الشرط بعد صدور الجعالة، فإنه لا يرجع بالضمان على المحيل. كذلك يكون الحق غير موجود قبل صدور الجعالة، فيجب على المحيل الضمان، إذا ظهر أن المحيل كان قد تصرف فيه قبل حوالاته، بأن كان مثلاً، بموجب حوالة سابقة، قد باعه أو وهبه أو رهنه وأصبحت هذه الحوالة السابقة

(١) ومثل ذلك أيضاً إذا أعطى صراف عميلاً ورقة «بنكوت» مزورة، ولو كان الصراف يجهل زورها، فإن تسليم الورقة إلى العميل يند بمطابقة حوالة حق غير موجود، فيلتزم الصراف بالضمان (بودى وسينيا فقرة ٨١٩). وكان في عهد التقنين المدني الأهل السابق يجب الضمان على المحيل إذا لم يقبل المدين الجعالة (استئناف مخطوط ٢٣ مايو سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٣٥٨). (٢) بودى وسينيا فقرة ٨١٩ — ولكن إذا كان الحق المحال به في ذمة قاصر، وحوله الدائن إلى محال له يعلم بأن الحق قابل للإبطال بسبب قصر المدين، لم يكن للمحال له الرجوع بالضمان على المحيل إذا طلب القاصر إبطال العقد (استئناف مخطوط ١٦ مارس سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ١٥٦).

نافذة في حق الغير . أما إذا كان التصرف قد صدر بعد انعقاد الحوالة ولكنه أصبح نافذاً قبل نفاذها ، فإن المحيل يكون ملتزماً بضمان فعله الشخصى على النحو الذى قدمناه (١) .

وكما يكون المحيل ملتزماً بضمان وجود الحق ، يكون أيضاً ملتزماً بضمان وجود توابعه التى تنتقل معه . فان كان للحق المحال به تأمين ، كرهن أو امتياز أو كفالة ، ضمن المحيل للمحال له ، بحكم القانون ودون حاجة إلى اتفاق خاص ، هذا التأمين (٢) . وهو لا يضمن إلا وجود التأمين فى ذاته ، أى وجود الرهن أو الامتياز أو الكفالة ، دون أن يضمن كفاية الرهن أو الامتياز أو ملاءة الكفيل إلا إذا كان بينه ومن المحال له اتفاق خاص على ذلك ، وفى هذه الحالة تخرج من نطاق الضمان بحكم القانون إلى نطاق الضمان الاتفاقى (٣) .

وضمان وجود الحق وتوابعه بحكم القانون إنما ينصب على هذا الوجود وقت انعقاد الحوالة . فإذا كان كل من الحق وتوابعه موجوداً فى ذلك الوقت ، فقد برئت ذمة المحيل من الضمان ، ولو انقضى الحق أو شيء من توابعه بعد ذلك بسبب لا يرجع إلى المحيل . مثل ذلك أن يكون الحق قد بدأ التقادم يسرى ضده

(١) كذلك إذا تبين أن دائناً للمحيل قد حجز حجزاً تحفظياً على الحق المحال به قبل صدور الحوالة ، فإن المحيل يكون ملتزماً بالضمان . أما إذا كان الحجز قد وقع بعد صدور الحوالة ولكنه قبل نفاذها فى حق الدائن ، فإن المحيل يكون مسئولاً عن ضمان فعله الشخصى كما سبق القول . والمحال له ، إذا كان قد اشترى الحق المحال به وعشى من استحقاقه ، أن يحبس المئتين حتى يزول التعرض أو حتى يقدم المحيل كفيلاً ، لأن المحال له يكون فى مركز المشتري (م ٢/١٥٧ ملق) . ويتحقق ذلك ، فيجوز للمحال له حبس المئتين ، إذا وقع المدين حجزاً تحفظياً تحت يده نفسه قبل نفاذ الحوالة فى حقه (استئناف مخطط ٢١ مارس سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٢٠٢) . ويمكن أن يكون الحق المحال به معرضاً لخطر الاستحقاق ، دون أن يكون قد استحق فعلاً (استئناف مخطط ٢١ مارس سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٢٠٣) .

(٢) وقد قضت محكمة طعنًا بأن الضمان يشمل وجود الدين والتأمينات المتعلقة به والتي تعتبر من توابعه ، فإذا ثبت أن العين المرهونة رهن تأمين لدين محول لأخر لم تكن مملوكة للراهن بل مملوكة لغيره من وقت البيع ، كان التحويل لاحقاً ، وترتب عليه إلزام المحيل برد القيمة للمحال له (٢٠ مارس سنة ١٩٢٦ المحللة ٧ رقم ١٦١ ص ٢٢٤) .

(٣) استئناف مخطط ١٨ مارس سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٢٧٤ — بلانبول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٣٢ ص ٥٢٧ .

قبل صدور الحوالة دون أن يكتمل . فالحق يكون موجوداً وقت الحوالة ولا ضمان على المحيل ، حتى لو أن التقادم اكتمل بعد ذلك وسقط الحق (١). كذلك لو كان للحق المحال به تأمين هو رهن رسمي مقيد ، ولم يكن قد مضى على القيد وقت الحوالة عشر سنوات ، فإن الرهن يكون محفوظاً وقت صدور الحوالة ، فلا ضمان على المحيل ، حتى لو انقضت العشر السنوات بعد صدور الحوالة فسقط القيد قبل أن يجدد المحال له (٢) .

وما دام المحيل لا يضمن إلا وجود الحق وتوابعه ، فهو لا يضمن يسار المدين (٣) ، إلا إذا كان هناك اتفاق بينه وبين المحال له على هذا الضمان ، وعندئذ نخرج من نطاق الضمان بحكم القانون إلى نطاق الضمان الاتفاقي . ومع ذلك يضمن المحيل يسار المدين دون أن يخل في نطاق الضمان الاتفاقي ، إذا كان يعلم أن المدين معسر وقد أخفى غشاً هذا الإعسار عن المحال له ، وهنا يكون الضمان ناشئاً عن الغش لا عن عقد الحوالة (٤) .

وغنى عن البيان أن المحيل إنما يضمن وجود الحق إذا كان غير متنازع فيه .

(١) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن التزام المحيل باعتباره ضماناً بالاتفاق هو كالتزام كل كليل التزام تبني ، فإذا زال التأمين بمضي المدة سقط تبعاً لالتزام المحيل (١٥ نوفمبر سنة ١٩٤٤ المجموعة الرسمية ٧/٤٦ و ٨ و ٩ و ١٣٦/١٠) . ويمكن تخريج هذا الحكم على أساس أن خدمة المحيل قد برزت من الضمان لوجود الحق وقت صدور الحوالة ، دون حاجة إلى تشبيه المحيل بكفيل للمدين .

(٢) يودى وسينيا فقرة ٨٢١ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٣٢ — الموجز للمؤلف فقرة ٥٢٠ . لكن إذا كان سبب زوال التأمين يرجع إلى وقت سابق على الحوالة ، فإن المحيل يكون ضماناً لزوال التأمين . مثل ذلك أن يحول الباقي الثمن بما يضمنه من حق احتياز ، ثم يشهر إفلاس المشتري ويحكم بطلان الاحتياز لحصول القيد في المدة المشتبه فيها (période suspecte) وهي سابقة على الحوالة . في هذه الحالة يرجع سبب بطلان الاحتياز إلى وقت سابق على الحوالة ، إذ المفروض أن البيع الذي هو مصدر الاحتياز قد صدر قبل الحوالة ، وأبطل الاحتياز بعد الحوالة ولكن لسبب يرجع إلى وقت سابق عليها ، فيلتزم المحيل بالضمان . وهذا بخلاف ما إذا كانت الحوالة قد صدرت قبل المدة المشتبه فيها ، فرجع سبب بطلان الاحتياز إلى سبب لاحق لصدور الحوالة ، فإن المحيل لا يلتزم في هذه الحالة بالضمان (يودى وسينيا فقرة ٨٢١ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٣٢) .

(٣) استئناف مخطوط ٢٧ مايو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣٦٦ .

(٤) يودى وسينيا فقرة ٨٢٣ و فقرة ٨٢٩ .

أما إذا كان الحق متنازعاً فيه وقد حوله بهذا الوصف، فإنه لا يضمن للمحال له وجوده، إذ أنه إنما حول مجرد إدعاء يمتنع ولم يحول حقاً يحقق الوجود، فالحوالة هنا عقد احتمالي (١).

٢٨٢ - الضمان في الحوالة بعوض محكم الاتفاق : وما قدمناه

هو الضمان بحكم القانون في الحوالة بعوض . ولكن قد يتفق المحيل والمحال له على تخفيف هذا الضمان أو على تشديده .

يتفقان على تخفيف الضمان إذا اشترط المحيل مثلاً أنه لا يضمن توابع الحق المحال به . فإذا كان هذا الحق مضموناً برهن ، واشترط المحيل عدم ضمان هذا الرهن ، فإنه لا يكون مسئولاً إذا تبين أن الرهن باطل ، أو أنه قابل للإبطال وأبطله الرهن ، أو أنه غير موجود لأي سبب آخر . وتوابع الحق المحال به تتحمل معه كما قدمنا دون حاجة إلى ذكر ذلك في عقد الحوالة، ويضمن المحيل ، دون حاجة إلى ذكر ذلك أيضاً ، وجود هذه التوابع . فإذا أراد المحيل ألا يضمن وجودها ، فلا بد في ذلك من اتفاق خاص مع المحال له يقضى بعدم ضمان توابع الحق، وفي هذا الاتفاق تخفيف للضمان بحكم القانون كما هو ظاهر . بل قد يصل الاتفاق على تخفيف الضمان بحكم القانون إلى محوه أصلاً ، فيشترط المحيل ألا يضمن وجود الحق المحال به ذاته . ويقع ذلك غالباً إذا كان المحيل غير مستوثق من أن الحق الذي يحوله هو حقه، فيشترط عدم الضمان حتى إذا تبين أن الحق ليس له لم يكن مسئولاً عن الضمان ، أو يكون المحيل غير متأكد من أن الحق الذي يحوله غير خال من العيوب، فيصطنع الحيلة ويشترط عدم الضمان (٢) . ولا شك في أن المحيل، باشرطه عدم الضمان على هذا الوجه،

(١) وفي هذه الحالة يجوز للمدين أن يتخلص من مطالبة المحال له إذا هورد إليه اثبت الحقيقة الذي دفعه مع المصروفات وفوائد اثبت من وقت اللغ (٤٩٣ م ٤٩٣ م) ، وقد سبق الإشارة إلى ذلك .

(٢) وفي مثل هذه الأحوال يكون المفروض أن المحيل إنما يحتاط لأمره، فإذا تحققت غلوه وظهر أن الحق غير موجود أو أن به عيوباً تفويه ، لم يكن مسئولاً عن ترميض المحال له، وإنما يبقى ملتزماً برد ما استولى عليه مع الفوائد والمصروفات كما سترى . ولكن قد يصل الاتفاق على -

يعرض المحال له لخطر له عادة مايقابله ، فيغلب أن يكون الغبن الذى يتقاضاه أقل بكثير من قيمة الحق المحال به . وقد يستخلص شرط عدم الضمان من الظروف ، فإذا باع المحيل حقاً ممتازاً فيه ، سواء رفعت به الدعوى أو قام فى شأنه نزاع جدى ، وكان المحال له يعلم شأن هذا النزاع ، فالمقروض - مالم يتفق على غير ذلك - أن البائع لا يضمن وجود الحق . ويؤكد هذا الافتراض أن يبيع المحيل الحق المتنازع فيه بثمن بخس ، يدخل فى تقديره احتمال خسارة الدعوى (١) .

ويقع كثيراً أن الاتفاق على الضمان بين المحيل والمحال له يكون الغرض منه التشديد من أحكام الضمان المقررة بحكم القانون ، بدلا من التخفيف فيها . وأكثر ما يكون ذلك فى اشتراط المحال له على المحيل أن يضمن له ، لا وجود الحق المحال به فحسب ، بل أيضاً يسار المدين . وقد رأينا أن المادة ٣٠٩ مدنى تنص على أنه لا يضمن المحيل يسار المدين إلا إذا وجد اتفاق خاص على هذا

— نحو الضمان إلى حد أن تصبح الحوالة مقدراً احتمالياً، فيشترط المحيل ألا يكون ضماناً لوجود الحق وأنه غير ملتزم برد شيء إلى المحال له إذا ظهر أن الحق غير موجود ، وفى هذه الحالة يكون الحق المحال به هو مجرد إدهاء قد ثبت وقد لا يثبت ، فإذا لم يثبت لم يرجع المحال له على المحيل بشيء ولا يلتزم المحيل حتى يرد ما استولى عليه . ولكن مثل هذا الشرط لا يفترض ، بل يجب أن يكون واضحاً لا شك فيه . وأكثر ما يقع ذلك فى حوالة الحقوق المتنازع فيها (بودى وسينيا فقره ٨٢٥ ص ٨٦٤ — ٨٦٦ ص ٨٦٦ — بلانوي وريبير ودهوان ٧ فقره ١١٣٣ — ص ٢٨ فقره ٥٢٩ — وانظر أيضاً : استئناف غنط ٢٠ فبراير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٨٩ — ١١ ديسمبر سنة ١٩٤٠ م ٥٣ ص ٢٦) .

(١) ومثل هذه الحوالة تسرى عليها أحكام بيع الحقوق المتنازع فيها (م ٤٦٩ — ٤٧٢ مدنى) وقد سبقت الإشارة إلى ذلك . وقد كان المشروع التمهيدى يتضمن نصاً فى هذا المعنى ، فكانت المادة ٤٤٣ من المشروع تجرى على الوجه الآتى : « إذا كان الحق المحال به ممتازاً فيه ، فنسرى على الحوالة أحكام المواد الخاصة باسترداد الحقوق المتنازع عليها . » وقد حذف هذا النص فى لجنة المراجعة ، إذ أن حكمه يستفاد بدهاء من وجود نصوص خاصة ببيع الحقوق المتنازع فيها (مجموعة الأعمال التفسيرية ٣ ص ١٣٤ فى الهامش) .

وما يقع فى العمل من الحوالات التى يشترط فيها عدم الضمان أن الستدليك أو المعنى ، بعد أن يستوفى الحقوق الثابتة والحقوق التى يسجل استيفائها ، يبيع الحقوق الأخرى بجملة واحدة مع اشتراط عدم الضمان (بودى وسينيا فقره ٨٢٧) .

الضمان ٢ - وإذا ضمن المحيل يسار المدين ، فلا ينصرف هذا الضمان إلا إلى اليسار وقت الحوالة ، ما لم يتفق على غير ذلك (١).

فاذا اشترط المحال له على المحيل ضمان يسار المدين (٢) ، ولم يبين أى يسار يعنى ، فان اليسار المضمون ينصرف إلى يسار المدين وقت انعقاد الحوالة ، وذلك تفسيراً للشرط بما هو في مصلحة الملتزم وهو هنا المحيل . فاذا كان المدين موسراً وقت انعقاد الحوالة ، فان ذمة المحيل تبرأ من الضمان ، حتى لو أعسر المدين بعد ذلك ولو قبل صيرورة الحوالة نافذة في حقه . وغنى عن البيان أن ضمان المحيل ليسار المدين وقت الحوالة لا يكون إلا باتفاق خاص ، ومن غير هذا الاتفاق لا يضمن المحيل إلا وجود الحق ، فلا يضمن يسار المدين أصلاً ولو وقت انعقاد الحوالة ، وحتى لو كان عالمياً بأعساره . فاذا دام لم يضمن اليسار باتفاق خاص ، فان علمه بهذا الأعسار لا يقوم مقام الاتفاق (٣) . وعلى المحال له قبل أن يقدم على قبول الحوالة أن يتحرى عن حالة المدين ومقدار ملامته ، فاذا لم يستطع أن يتثبت من ذلك ففي القليل كان الواجب عليه أن يشترط على المحيل ضمان اليسار . فاذا هو لم يفعل ، لا هذا ولا ذاك ، كان التقصير في جانبه ولا يلومن إلا نفسه (٤) . على أنه إذا أخفى المحيل غشاً

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣

ص ١٢٧ .

(٢) ولا يمكن اشتراط الضمان إطلاقاً ، فإن هذا ينصرف إلى الضمان بحكم القانون ، بل يجب تعيين الواقعة المضمونة ، فيشترط ضمان اليسار (بودرى وسينيا فقرة ٨٣٠ — فقرة ٨٣١) . انظر في بعض عبارات مألوفة في اشتراط الضمان وفي تفسير هذه العبارات : أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٩ مكررة ص ١٦٥ — ص ١٦٦ — بودرى وسينيا فقرة ٨٣٢ — فقرة ٨٣٣ — أنيكلويدى دالوز ١ لفظ *cession de créance* فقرة ١٤ وما بعدها .

(٣) وقد جاء في الموجز المؤلف : « ويلاحظ أن هذا التشديد يجب أن يكون باتفاق صريح ، فلا يمكن اقتراضه ، كما إذا أعطى المدين على نفسه سنداً مدينياً تحت إذن الدائن متيناً في ذلك الشكل التجارى . فاذا حول الدائن هذا السند المدينى إلى آخر ، فإنه لا يكون ضماناً ليسار المحال عليه إلا بشرط صريح ، ولا يمكن أن نفهم هذا السند المدينى ، ولو كان قد اتفق للشكل التجارى ، على السند التجارى المحض الذى يضمن فيه المحيل يسار المحال عليه وقت الوفاء . على أن هذا الحكم ليس محل اتفاق » (الموجز المؤلف فقرة ٥٢٠ ص ٥٣٨ هامش رقم ١) .

(٤) بودرى وسينيا فقرة ٨٢٩ .

من الحال له إعصار المدين ، كان مسئولاً ، لا بموجب عقد الحوالة ، بل بسبب الغش ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك (١) .

فاذا أراد الحال له أن يضمن المحيل يسار المدين في الاستقبال ، أى عند حلول ميعاد الوفاء بالحق الحال به ، وجب عليه أن يبين ذلك في الشرط الذى يأخذه على المحيل ، فلا يكتفى باشتراط ضمان اليسار دون تعيين . واشتراط يسار المدين عند حلول الحق الحال به هو الذى يقع في الكثير من الأحوال ، لأنه هو الذى يكفل للمحال له أكبر قدر من الضمان (٢) . وعند ذلك يكون المحيل مسئولاً إذا طالب الحال له المدين بالحق عند حلوله ، فوجده معسراً (٣) . وليس من الضروري أن تكون المطالبة في اليوم نفسه الذى يحل فيه الحق ، بل يجوز أن تكون المطالبة في خلال مدة معقولة من يوم الحلول ، فاذا كان المدين قد أصر خلال هذه المدة المعقولة ، فإن المحيل يكون مسئولاً عن إعصاره بموجب شرط الضمان . لكن إذا تأخر الحال له مدة طويلة بعد حلول ميعاد الوفاء في مطالبة المدين ، وكان المدين موسراً خلال المدة المعقولة ثم أصر بعد ذلك ، لم يكن المحيل مسئولاً ، لأن الحال له قد قصر بتأخره في مطالبة المدين في وقت كان فيه موسراً (٤) . ومن باب أولى لا يكون المحيل مسئولاً عن إعصار المدين

(١) شين الكوم ١١ مارس سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٣٢٩ من ٦٤٦ — انظر آنفاً
فقرة ٢٨١ .

(٢) بودرى وسيليا فقرة ٨٣٢ — فقرة ٨٣٣ — بلانيول وريير وردوان ٧ فقرة
١١٣٣ من ٣٣٠ هامش رقم ١ .

(٣) وقد قضت محكمة استئناف أسبوت بأن مركز المحيل في حال الضمان الاتفاقى ليس إلا مركز ضمان تتحدد مدى التزاماته بعبارة الضمان الواردة في الحوالة ، فقد يكون ضماناً ليسار المدين وقت الحوالة ، وقد يكون ضماناً ليساره في المستقبل ، وقد يكون ضماناً بسيطاً ، وقد يكون متضامناً . عل أنه في هذه الصور كلها لا يعلو صفة للضمان ، وإن كان في بعض النتائج القانونية أقل مسئولية منه (استئناف أسبوت ١٥ نولبر سنة ١٩٤٤ المجموعة الرسمية ٤٦ رقم ٧ و ٩ و ١٠ من ١٣٦) .

(٤) وقد قضت محكمة طنطا بأن ضمان المحيل يسار المدين في الاستقبال يتصرف إلى موعد استحقاق الدين ، فانه فيه يلتزم بالوفاء ويضمنه مجموع ماله ، وعلى الحال له أن يسمى لاستيفاء قيمة الدين . فاذا أصر المدين بعد ذلك ، فلا يضمن المحيل ذلك الإعصار ، إلا إذا كانت الفترة التي وقمت بين موعد السداد والإعصار قليلة — لا تتسع لاستيفاء الحال به . فلا يملك الحال له —

لو أن هذا الإعسار كان بفعل الحال له نفسه ، كما لو كان للحق الحال به ضمان فنزل عنه الحال باختياره بأن شطب الرهن مثلاً أو أبرأ ذمة الكفيل (١) .

وحتى يستطيع الحال له الرجوع على المحيل بضمان اليسار ، يجب عليه أولاً أن يثبت أن المدين معسر . ولا يقتضى له ذلك إلا إذا كان قد رجع فعلاً على المدين وعلى جميع الضمانات التى تكفل الدين (٢) ، فلم يتهياً له أن يستوفى حقه . ومن ثم يكون للمحيل أن يطالب الحال له بتجريد المدين قبل أن يرجع عليه بضمان

= تأجيل المداد صراحة بإصطاء المدين مهلة أخرى ، أو ضماناً بأعمال اتخاذ الإجراءات التحفظية أو التنفيذية على مال المدين . فإن فعل ، وأسر المدين في هذه الأثناء ، فلا رجوع على المحيل . وإذا كان تأجيل الدائن سداد الدين لا يبرىء الكفيل من الكفالة بينا يبرىء المحيل من الضمان ، فلأن الكفيل الحق قانوناً في مطالبة المدين بالوفاء عند حلول أجل الاستحقاق فتصاغر لديه بذلك الوسيلة لا لقاء إعسار المدين ، فإذا لم يفعل فيجب أن يتحمل النتيجة . أما المحيل فلا يملك ذلك بناه ، فإنه لم يمد دائناً بمد الحوالة (ملحقاً ٢٢ أكتوبر سنة ١٩٣١ الهامة ١٣ رقم ٢٨٧ ص ٥٥٤) . ومن هذا الحكم يتبين الفرق بين مركز المحيل الضامن ليسار المدين وقت حلول الحق الحال به ومركز الكفيل . فإن ذمة الكفيل لا تبرا لمجرد أن الدائن تأخر في اتخاذ الإجراءات أو لمجرد أنه لم يتخذها ، وإنما تبرا ذمته — طبقاً لأحكام التقنين المدنى الجديد (م ٧٨٥/٢) — إذا لم يتم الدائن باقتضاء الإجراءات ضد المدين خلال ستة أشهر من إندثار الكفيل للدائن ، ما لم يقدم المدين الكفيل ضماناً كافياً . هذا إلى أن مصدر التزام الكفيل هو عقد الكفالة ، وهذا العقد يفترض عادة قيام علاقة وكالة أو فضالة بين الكفيل والمدين ، فإن دفع الكفيل الدين من المدين رجع عليه بدعوى الوكالة أو بدعوى الفضالة . أما مصدر التزام المحيل بالضمان لمصدره عقد الحوالة نفسه الذى ورد فيه شرط الضمان ، ولا يفترض هذا الشرط عادة قيام علاقة وكالة أو فضالة بين المحيل والمدين ، فإن دفع المحيل الدين للمحال له وفاء لالتزامه بالضمان ، فالغالب ألا يبعد أمامه للرجوع على المدين بما دفعه إلا دعوى الإثراء بلا سبب .

(١) بودوى وسينيا فقرة ٨٣٧ — فقرة ٨٣٨ .

(٢) وهذا فرق آخر بين مركز المحيل الضامن ليسار المدين ومركز الكفيل . فالكفيل ليس له في الأصل إلا أن يطلب تجريد المدين نفسه ، فإذا كان للدين كفالة ضمنية ، كان للدائن أن يرجع على الكفيل الشخصى دون الكفيل المسمى ، وعند ذلك يحل الكفيل الشخصى محل الدائن في الرجوع على الكفيل المسمى . أما المحيل الضامن ليسار المدين فله أن يطلب من الحال له الرجوع على الكفيل المسمى للحق الحال به قبل الرجوع عليه هو . وسنرى حالاً أن الكفيل ، دون المحيل الضامن ليسار ، يلتزم بتقديم مصروفات التجريد . ومن ذلك يتبين أن التزام المحيل الضامن ليسار هو بوجه عام أيسر من التزام الكفيل .

اليسار (١) . وليس على المحيل أن يقدم للمحال له مصروفات التجريد ، فهو ليس بكفيل للمدين حتى يلتزم بذلك . على أن للمحال له ، في أثناء تجريده للمدين ، أن يتخذ ما يلزم من إجراءات تحفظية ضد المحيل ، حتى يتيسر له الرجوع عليه عند ما يثبت بوجه قاطع إعصار المدين (٢) .

وإذا ضمن المحيل يسار الدين وقت حلول الحق المحال به ، فإنه لا يستطيع أن يأتي عملاً من شأنه أن يناقض هذا الضمان ، وإلا كان ساعياً في نقض ما تم من جهته ، وكان سعيه مردوداً عليه . ويتضح ذلك في الحالة الآتية : إذا كان حق الدائن مقداره ألف ، وقد حول منه خمسمائة واستبقى لنفسه خمسمائة ، ولم يكن قد ضمن يسار المدين ، فإن كلا من المحيل والمحال له يطالب المدين بخمسمائة مقدار حصته في الحق . فإذا لم يكن عند المدين إلا خمسمائة ، فليست هناك أفضلية للمحال له على المحيل (٣) ، ولا يبقى إلا أن يقتسم الاثنان ما عند المدين اقتسام الغرماء ، فيأخذ كل منهما مائتين وخمسين . أما إذا كان المحيل قد ضمن للمحال له يسار المدين وقت حلول الحق المحال به ، فعند ذلك لا يستطيع أن يزاحم المحال له في الخمسمائة التي عند المدين ، بل يتقدم عليه المحال له ويأخذ كل الخمسمائة .

(١) وقد قضى بأن حق المحال له في الرجوع على المحيل بالضمان مقيد بحصول تجريد أموال المدين تجريداً فعلياً بالبيع عقب استحقاق الوفاء ، إذ قبل ذلك لا يتحقق الإعصار . وهذا البيع يجب أن يشمل المدين ومالك الغير المرتين وفاة السداد إذا كان هناك شيء من ذلك . وبمعنى آخر يجب أن يستند المحال له جميع وسائل السداد قبل الرجوع على المحيل (استئناف مصر ٨ يونيو سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٢٨٠ ص ٥٤٣ — مطلقاً ٢٢ أكتوبر سنة ١٩٣١ المحاماة ١٣ رقم ٢٨٧ ص ٥٥٤) .

(٢) أوبري ورو . فقرة ٣٥٩ مكرو ص ١٦٦ — بودي وسينيا فقرة ٨٣٩ — فقرة ٨٤٠ — بلانيوك وريبير وروان ٧ فقرة ١١٣٣ ص ٥٢٩ — ص ٥٣٠ . ومع ذلك فقد قضت محكمة الإسكندرية بأن شرط الرجوع على المحيل بالضمان قد جاء من أنه كفيل وضمان المدين في تحصيل الدين وقبضه ، ويحوز في هذه الحالة أن يطلب المحيل ، إذا لم يكن ضامناً متضامناً ، رجوع المحال له أولاً على المدين يطلب حق التجريد إذا توافرت شروطه ، وأيسرها ألا يكون المحيل ضامناً متضامناً ، وبشرط أن يرشد المحيل إلى أموال المدين ، وأن يقدم للمحال له مصروفات التجريد والمستندات الخاصة بذلك ، وأن يطلب ذلك صراحة قبل التكلم في موضوع الدعوى (الإسكندرية ٢٣ مارس سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢٠ رقم ٥٠٣ ص ١١٩٠) .

(٣) كذلك لا توجد أفضلية للمحيل على المحال له كما توجد هذه الأفضلية للدائن الأعلى الذي حل محله شخص آخر في جزء من الدين : انظر الفقرة الأولى من المادة ٣٣٠ .

ذلك أن مزاحمة المحيل للمحال له تناقض ضمانه ليسار المدين ، وما دام المحال له لم يستوف كل حقه بقي ضمان المحيل قائماً ، فلا يستطيع المحيل إذن أن يأخذ أى شيء من مال المدين قبل أن يستوفى المحال له كل حقه كما قدمنا (١) .

٢٨٣ - الضمان في الحوالة بغير عوض . حكم القانون : رأينا أن

الفقرة الثانية من المادة ٣٠٨ مدني تقضى بأنه إذا كانت الحوالة بغير عوض « فلا يكون المحيل ضامناً حتى لوجود الحق » . وقد كان المشروع التمهيدى لهذا النص يضيف عبارة « ما لم يتفق على غير ذلك » (٢) . فجعلت هذه العبارة في لجنة المراجعة حتى يتمشى حكم النص مع حكم المادة ٣١٠ مدني ، وهي تقضى كما رأينا بأنه إذا رجع المحال له بالضمان لم يلزم المحيل إلا برد ما استولى عليه مع الفوائد والمصروفات ولو وجد اتفاق يقضى بغير ذلك . والمحيل بغير عوض لم يستول على شيء حتى يرده ، فلا يجوز إذن أن يلزم ولو باتفاق خاص أن يرد شيئاً إلى المحال له (٣) .

وقد يفهم مما قدمناه أن المحيل بغير عوض لا يضمن شيئاً للمحال له ، لا بحكم القانون ولا بموجب الاتفاق . إلا أننا مع ذلك لانسلم بهذا الحكم على إطلاقه ، إذ يجب تنسيق أحكام التقنين وتكميل نصوصه بعضها ببعض . فهناك المادة ٤٩٤ مدني ، وهي تضع القاعدة العامة في ضمان الواهب لاستحقاق الشيء الموهوب ، وتجرى على الوجه الآتي : ١ - لا يضمن الواهب استحقاق الشيء الموهوب ، إلا إذا تعمد إخفاء سبب الاستحقاق أو كانت الهبة بعوض . وفي الحالة الأولى يقدر القاضي للموهوب له تعويضاً عادلاً عما أصابه من الضرر ، وفي الحالة الثانية لا يضمن الواهب الاستحقاق إلا بقدر ما أداه الموهوب له من عوض . كل هذا ما لم يتفق على غيره . ٢ - وإذا استحق الشيء الموهوب ، حل الموهوب له محل الواهب فيما له من حقوق ودعاوى .

فحتى يمكن التوفيق بين نصوص التقنين المدني ، نرى أن نطاق تطبيق

(١) أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٩ مكررة ص ١٦٧ - بودري وسيتيا فقرة ٨٤٣ - بلانويل وريبير وروان ٧ فقرة ١١٢٧ .

(٢) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٢٨ .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٢٧١ في الهامش - مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٢٣ .

المادة ٣١٠ هي الحوالة بعوض ويدخل في ذلك الهبة بعوض ، لأن النص صريح في أن الخيل قد استولى على شيء من المال له في مقابل الحوالة ، وهذا الشيء هو الذي يرد مع المصروفات والفوائد في حالة تحقق الضمان . أما المادة ٤٩٤ مدني فنطاق تطبيقها الحوالة بغير عوض ، أي الحوالة الصادرة على سبيل الهبة المحضنة من غير أى عوض مقابل .

فإذا كانت الحوالة هبة بعوض ، ضمن الخيل بحكم القانون وجود الحق المال به وفقاً للفقرة الأولى من المادة ٣٠٨ . فإذا كان هذا الحق غير موجود وقت الحوالة ، على الوجه الذى قدمناه ، وجب الضمان على الخيل ، ورجع المال له بهذا الضمان وفقاً للمادة ٣١٠ مدني ، فلا يلزم الخيل إلا بردها استولى عليه من عوض مع الفوائد والمصروفات على الوجه الذى سنبينه فيما يلى .

وأما إذا كانت الحوالة هبة محضة لا عوض فيها ، فإن الذى ينطبق هو نص المادة ٤٩٤ مدني . فإذا استحق الحق المال به ، كأن كان الخيل وارثاً ظاهراً لهذا الحق مثلاً ، أو تبين أن الحق غير موجود أصلاً ، لم يجب الضمان على الخيل (الواهب) إلا إذا تعمد إخفاء سبب الاستحقاق أو إلا إذا كان عالماً بانعدام الحق المال به وأخفى ذلك غشاً عن المال له . فعند ذلك يقدر القاضى — كما تقرر الفقرة الأولى من المادة ٤٩٤ مدني — للمحال له (الموهوب له) تعويضاً عادلاً عما أصابه من الضرر . فيجب إذن أن يكون هناك ضرر أصاب الموهوب له من جراء استحقاق الحق المال به أو من جراء انعدامه . ويبدو أنه لا يكفي أن يكون هذا الضرر هو مجرد فوات الحق للموهوب له ، وإلا لوجب الضمان دائماً في التبرعات وجوبه في المعاوضات . وإنما يجب أن يكون الضرر خسارة إيجابية لحقت للموهوب له ، بأن يكون مثلاً قد اعتمد على الحق للموهوب في سداد دين أو في القيام بمشروع ، فلما فات عليه هذا الحق تحمل خسارة من جراء ذلك . وفي هذه الحالة يقدر القاضى تعويضاً عادلاً للموهوب له من الضرر ، ملاحظاً في ذلك أن الخيل متبرع ، فلا يكون التعويض مدنى مماثل للتعويض الذى يدفعه الخيل لو كانت الحوالة بعوض . ومصدر التعويض هنا ليس هو عقد الحوالة ، وإنما هو الخطأ الذى ارتكبه الخيل بإخفائه عمداً سبب الاستحقاق أو انعدام الحق حتى ألحق الضرر بالمحال له .

ثم إن الفقرة الثانية من المادة ٤٩٤ مدنى تقضى بأنه « إذا استحق الشيء الموهوب ، حل الموهوب له محل الواهب فيما له من حقوق ودعاوى » . ونفرض ، لتطبيق هذا النص ، أن البائع قبل أن يسلم المبيع وهب الثمن المستحق في ذمة المشتري إلى آخر عن طريق الحوالة ، ثم هلك المبيع قبل تسليمه للمشتري بفعل أجنبي . فاثبت في هذه الحالة يسقط عن المشتري ، ولا يستطيع الحال له الرجوع عليه بشيء . ولكن لما كان الأجنبي متعدياً في هلاك الشيء ، فإن البائع أن يرجع عليه بدعوى تعويض ، فهذه الدعوى قد حلت محل الثمن الحال به ، ومن ثم يحل الحال له محل المحيل (البائع) في هذه الدعوى قبل الأجنبي .

٢٨٤ - الضمان في الحوالة بغير عوض بحكم الاتفاق : ولما كانت

الفقرة الأولى من المادة ٤٩٤ مدنى عندما رتب الضمان على الواهب إذا هو أخفى سبب استحقاق الشيء الموهوب ذكرت بعد ذلك أن هذا الحكم يسرى « ما لم يتفق على غيره » ، فانه يجوز إذن أن يتفق المحيل مع الحال له ، إذا كانت الحوالة بغير عوض أصلاً ، أنه في حالة استحقاق الحق الحال به أو في حالة انعدامه ، يرجع الحال له على المحيل بتعويض عادل ، حتى لو كان المحيل يجمل أن الحق الحال به مستحق للغير أو متعدم . وفي هذا تشديد للضمان الذى قرره القانون والذى بسطنا أحكامه فيما تقدم ، فإن المحيل لا يكون ملتزماً طبقاً لهذه الأحكام إلا إذا كان يعلم بانعدام الحق أو باستحقاقه للغير ثم يتعمد إخفاء ذلك على الحال له . على أنه لا يجوز أن يكون هذا الاتفاق على الضمان مصلر ربح غير مشروع للمحال له ، فلا يجوز مثلاً أن يتفق الحال له مع المحيل على ضمان الاستحقاق في الحوالة بغير عوض حتى لو لم يصب الحال له أى ضرر .

ثم إنه لا يجوز الاتفاق على تخفيف الضمان الواجب بحكم القانون في ذمة المحيل المتبرع للمحال له ، فلا يصح أن يتفق الاثنان على ألا يكون المحيل مسئولاً عن الضرر الذى يصيب الحال له ، حتى لو تعمد إخفاء سبب الاستحقاق أو أخفى غشاً بانعدام الحق . ذلك أنه لا يجوز لشخص أن يشترط عدم المسؤولية عن خطأه التقصيرى .

المطلب الثاني

ما يرجع به الحال له على المحيل عند تحقق الضمان

٢٨٥ - المبدأ العام : رأينا أن المادة ٣١٠ ملغى تنص على أنه : إذا رجع الحال له بالضمان على المحيل طبقاً للمادتين السابقتين ، فلا يلزم المحيل إلا برد ما استولى عليه مع الفوائد والمصروفات ، ولو وجد اتفاق يقضى بغير ذلك .

فالبدأ العام إذن هو أنه عند تحقق الضمان ، يكون أقصى ما يرجع به الحال له على المحيل هو أن يسترد منه ما دفعه له عوضاً عن الحق الحال به ، مع الفوائد من يوم الدفع بالسعر القانوني ، ومع المصروفات التي يكون قد أنفقها في إبرام الحوالة أولاً ثم في مطالبة المدين ثانياً ثم في الرجوع بالضمان على المحيل أخيراً . وهذا سواء كان الضمان بحكم القانون ولم يجد الحال له الحق موجوداً ، أو كان بحكم الاتفاق ولم يجد الحال له المدين موسراً .

ويجوز أن يرجع الحال له بأقل من ذلك ، إذا وجد شرط يخفف من الضمان . بل يجوز ألا يرجع بشيء أصلاً ، إذا اشترط المحيل عدم الضمان وكان الحق الحال به هو مجرد ادعاء قد ثبت وقد لا يثبت ورضى الحال له بذلك ، كما أسلفنا القول .

ولكن لا يجوز أن يرجع الحال له بأكثر من استرداد ما دفعه مع الفوائد والمصروفات ، إلا في حالة واحدة هي حالة ضمان المحيل لأفعاله الشخصية . فان التعويض في هذه الحالة الأخيرة يكون مصدره خطأ تقصيرياً في جانب المحيل ، فوجب أن يكون كاملاً يشمل قيمة الحق الحال به كلها ولو زادت على ما دفعه الحال له للمحيل ، ويشمل أيضاً التعويض عن أى ضرر آخر . ويبقى هذا الحكم صحيحاً حتى لو قلنا إن التعويض مصدره عقد الحوالة لا الخطأ التقصيرى ، فان التعويض في المسؤولية العقدية يتناول كل الضرر المباشر المتوقع ، فيشمل قيمة الحق الحال به كما يشمل التعويض عن أى ضرر آخر يكون مباشراً متوقعاً . وإذا كانت المادة ٣١٠ ملغى قد قصرت الرجوع بالضمان على إلزام المحيل برد ما استولى عليه مع الفوائد والمصروفات ولم تجز الاتفاق على غير ذلك ، فان هذا

الحكم خاص بالضمان الذي لا يرجع إلى أفعال المكيل الشخصية ، وهو الضمان المنصوص عليه في المادتين ٣٠٨ و ٣٠٩ مدني . ونص المادة ٣١٠ مدني صريح في هذا المعنى ، ولا يتناول مسئولية المكيل عن أفعاله الشخصية المنصوص عليها بعد ذلك في المادة ٣١١ مدني (١) .

وفي غير حالة مسئولية المكيل عن أفعاله الشخصية ، لا يجوز للمحال له ، في إلزامه المكيل بالضمان ، أن يرجع عليه بأكثر مما دفعه له مع القوائد والمصرفات . فلا يجوز له أن يرجع عليه بقيمة الحق المحال به كله إذا كانت هذه القيمة أكثر مما دفعه ، حتى لو اتفق معه على ذلك . فالمبدأ الذي يضع الحد الأقصى لمقدار ما يرجع به المحال له هو إذن من النظام العام ، لا يجوز الاتفاق على مخالفته .

وقد أخذ التقنين المدني المصري الجديد هذا الحكم عن المشروع الفرنسي الإيطالي (م ٢٦٨ من هذا المشروع) (٢)، وقصد به إلى قطع السبيل على المرابين

(١) انظر آنفاً فقرة ٢٨٠ في الهامش .

(٢) أما التقنين المدني الفرنسي فقد أغفل النص على وضع حد أقصى لضمان المكيل بحكم القانون ، ولكنه وضع هذا الحد لضمان المكيل بحكم الاتفاق . فنصت المادة ١٦٩٤ من هذا التقنين على أن المكيل لا يكون مسئولاً عن يسار المدين إلا إذا التزم بذلك ، وفي حدود الثمن الذي تقاضاه عن الحق . فانقسم الفقه الفرنسي في المقدار الذي يرجع به المكيل له على المكيل عند تحقق الضمان بحكم القانون . ففرق بين من ذهب إلى أن المحال له لا يرجع على المكيل إلا بالثمن الذي دفعه ، قياساً على الرجوع في حالة ضمان اليسار بموجب المادة ١٦٩٤ السالفة الذكر (ديرانتون ١٦ فقرة ٥١٢ — ترولوج في البيع ٢ فقرة ٩٤٣ — ديفرجيه في البيع ٢ فقرة ٢٦٣ — أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٩ مكررة ص ١٦٤ — جيلوار في البيع والمقايضة ٢ فقرة ٨٣٦) . وفرق آخر يجعل الرجوع في الضمان بحكم القانون بقيمة الحق كله لا بالثمن وحده ، قياساً على ضمان الاستحقاق في عقد البيع . ويذهبون هذا الرأي بأن الضمان بحكم القانون هو ضمان لوجود الحق ، فإذا اشترى المحال له حقاً غير موجود كان له أن يرجع بقيمته على المكيل ، لأنه لم يضارب على وجود الحق بل ضارب على يسار المدين . فإذا كان الحق موجوداً ، ولكن المدين كان مسرراً ، لم يكن له أن يرجع على المكيل إلا بالثمن الذي دفعه حتى لو اتفق معه على الرجوع بقيمة الحق كلها ، لأنه لما ضارب على يسار المدين فقد تحمل ثبته إصراره ، فإن كان المدين موسراً فقد خلس له كل الحق ، وإن كان مسرراً فليس له إلا الرجوع بالثمن على المكيل (كوليه دي سانتير ٧ فقرة ١٣٩ مكررة — لوران ٢٤ فقرة ٥٤٩ — هيك ٢ فقرة ٤٩٢ — بودي وسينا فقرة ٨٢٢ — أنسيكلويدى دالوز ١ لفظ (cession de créance) =

الذين يستغلون حاجة الناس فيشترون حقوقهم بأبخس الأثمان ، ثم يكفلون لأنفسهم حق الرجوع بها كاملة عليهم إذا لم يستوفوها كاملة من المال عليهم . فاذا اشترى المرابي حقاً قيمته مائة بثمانين ، ثم اشترط ضمان المحيل ليسار المدين بقيمة الحق كله ، وأجيز هذا الشرط ، لكان المرابي واثقاً من الحصول على مائة في الثمانين التي دفعها ، إما من المدين إذا كان موسراً ، وإما من طريق الرجوع بالضمان على المحيل . وهذا هو عين الربا المحظور . فقصر حقه في الرجوع بالضمان على الثمانين التي دفعها مع الفوائد والمصروفات ، حتى إذا أخذ أكثر مما أعطى في حالة استيفاء الحق من المدين ، لم يأخذ إلا بمقدار ما أعطى في حالة الرجوع بالضمان على المحيل ، فيمتنع عليه أن يأخذ في الحالتين أكثر مما أعطى . وقد قيل في لجنة المراجعة في صدد هذا الحكم إن المقصود به « أن يتحمل المحال له الغم والفرم ، لأن الحوالة تتطوى على معنى المضاربة » (١) .

ونرى من ذلك أن هناك حكماً من أحكام الضمان يعتبران من النظام العام . أولها هو هذا الحكم ، والثاني هو الحكم القاضي بمسئولية المحيل عن أفعاله

(فقرة ٤٧٦) . ولعل بلانيول وريبير وردوان إلى أن المحال له لا يرجع على المحيل ، حالة الضمان القانوني ، بقيمة الحق كله إلا على سبيل التصويض ، فيجب عليه إذن أن يثبت أن الضرر الذي لحقه يماثل قيمة الحق ، ولا يتأتى له ذلك إلا إذا أثبت أن المدين موسر ولو أن الحق كان موجوداً لاستطاع أن يتقاضاه كله من المدين (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٢٢ ص ٥٢٨) . وينتصر الأستاذ شفيق شحاتة لهذا الرأي (حوالة الحق في قوانين البلاد العربية فقرة ٣٢) .

أما ضمان المحيل ليسار المدين ، فإن نص المادة ١٦٩٤ من التفتين الفرنسي ، كما رأينا ، صريح في أنه يقتصر على استرداد المحال له الثمن الذي دفعه . واختلف الفقهاء في فرنسا هل يعتبر هذا الحكم من النظام العام . ففريق يلعب إلى أنه من النظام العام فلا يمتد بالاتفاق المخالف ولا يرجع المحال له على المحيل إلا بالثمن ولو اتفق معه على أن يرجع عليه بكل قيمة الحق (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٣٣ — بلانيول وريبير وبولانجي ٢ فقرة ١٧١٧ . جوسران ٢ فقرة ٨١١) . وفريق آخر يلعب إلى أن هذا الحكم ليس من النظام العام ، وأنه يجوز للساحل أن يتفق مع المحيل الذي ضمن ليسار المدين على أن يرجع عليه ، في حالة تحقق هذا الضمان ، بقيمة الحق كله لا بالثمن وحده (بودري وسينيا فقرة ٨٢٦ — انظر أيضاً المادة ٢٨٤ من تفتين الموجبات والمقود البتاني وقد سبق ذكرها آنفاً فقرة ٢٧١ في الهامش) . (١) مجموعة الأعمال التفسيرية ٣ ص ١٢٦ — وانظر آنفاً فقرة ٢٧١ في الهامش .

الشخصية فلا يستطيع التخلص من هذه المسؤولية ولو باتفاق خاص (١) .
يبقى أن نعرف الحكم فيما إذا كان المدين معسراً إحصاراً جزئياً بحيث يتمكن
الحال له من استيفاء بعض حقه منه ، وأن نعرف الحكم فيما إذا كان الحال له
قد تحول الحق إلى محال له نال بعوض يختلف عن العوض الذى دفعه هو
للمحيل . ثم نعرف بعد ذلك مقدار ما يرجع به الحال له إذا كانت الحوالة بغير
عوض وتحقق الضمان .

٢٨٦ — مائة إعصار المربع إعصاراً جزئياً : يقع فى بعض الحالات
أن يتمكن الحال له من استيفاء بعض حقه من المدين الذى لا يكون معسراً
إلا إعصاراً جزئياً ، فإذا كان الحق المحال به مائة مثلاً ، واستوفى منها الحال له
خمسين ولم يستطع استيفاء الخمسين الباقية ، وكان قد اشترى الحق من المحيل
بثمانين ، فما مقدار ما يرجع به على المحيل بدعوى الضمان ؟ .

يمكن أن نتصور حلولاً ثلاثة :

(الحل الأول) أن يرجع الحال له على المحيل بكل الخمسين التى نقصته ،
فإن المحيل ملزم فى حالة تحقق الضمان أن يرد للمحال له كل خسارته بحيث لا تزيد
على الثمانين التى قبضها منه ثمناً للحوالة . وعيب هذا الحل أنه يمكن الحال له
من أن يستوفى قيمة الحق المحال به كاملاً عند تحقق الضمان ، وفى هذا مخالفة
صریحة لنص المادة ٣١٠ مدنى التى تقضى بأن الحال له لا يسترد عند تحقق
الضمان أكثر مما دفعه ، فلا يجوز أن تحصل له قيمة الحق كاملة .

(الحل الثانى) أن يرجع الحال له على المحيل بثلاثين لاثنتين ، ذلك أنه
لا يجوز له كما قلنا أن يسترد فى حالة تحقق الضمان أكثر مما دفعه ، أى أكثر

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى، وهى تقول فى هذا الصدد : « على أن إحمال
مبدأ سلطان الإدارة يرد عليه فى هذا النطاق قيودان . فإما من ناحية أن مدى التزام المحيل بالضمان
لا يجاوز على وجه الإطلاق رد ما أدى إليه ضلوع القوائد والمضروقات . وقد قصد من نص
المشروع على عدم جواز الاتفاق على خلاف هذا الحكم إلى قطع السبيل على الرايين . وإما من
ناحية أخرى أن اشتراط الإيفاء من المسؤولية من ضمان الاستحقاق يقع باطلاً إذا كان هذا
الاستحقاق يرجع إلى فعل المحيل نفسه . . وليس هذا الحكم سوى تطبيق للقواعد المقررة بشأن
ضمان الاستحقاق بوجه عام » (مجموعة الأعمال التفسيرية ٣ ص ١٢٧ — ص ١٢٨) .

من ثمانين . وقد استوفى من هذه الثمانين خمسين من المدين ، فبقى له ثمانون
هى التى يرجع بها على المحيل بدعوى الضمان .

(الحل الثالث) أن يرجع المحال له على المحيل بأربعين لا بخمسين ولا بثلاثين .
ذلك أن المحال له ، فى حالة إعسار المدين إعساراً كلياً ، يسترد من المحيل
ما دفعه له من الثمن ، وهو ثمانون . ففى حالة إعسار المدين إعساراً جزئياً ،
يكون من العدل أن يسترد من المحيل نسبة مما يتبقى له تعادل النسبة ما بين الثمن
الذى دفعه وقيمة الحق . وقد دفع ثمانين فى حق قيمته مائة ، فيكون قد اشترى
الحق بأربعة أخماس قيمته . وتبقى له خمسون لم يدفعها المدين للإعساره ، فيرجع
بأربعة أخماسها على المحال له ، أى يرجع عليه بأربعين .

وقد تردد الفقه الفرنسى بين الحل الثانى والحل الثالث (١) . ونحن نؤثر
الحل الثالث ، لأنه يميز بين إعسار المدين إعساراً كلياً وإعساره إعساراً جزئياً ،
فيكون الضرر الذى يصيب المحال له من الإعسار الجزئى أقل من الضرر الذى
يصيبه من الإعسار الكلى . وهو بعد لم يسترد من المحيل إلا جزءاً مما دفعه ثمناً
للموالة يتناسب مع الجزء الباقى له من حقه ، فبقى بذلك فى الخسار التى رسمتها
المادة ٣١٠ ملغى .

٢٨٧ - حالة وقوع موالة تالفة بموضى يقل أو يزيد : وقد يقع

أن المحال له يحول حقه إلى محال له تال بشمن أقل أو أكثر من الثمن الذى دفعه
هو للمحيل ، فهل يكون رجوع المحال له الثانى بدعوى الضمان مقيداً بما دفعه
هو للمحال له الأول أو بما دفعه المحال له الأول للمحيل ؟

نفرض أن المحيل قد قبض فى الحق وقيمه مائة ثمناً مقداره ثمانون ، ثم
حول المحال له هذا الحق نفسه إلى محال له تال وقبض ثمناً له مقداره سبعون .
ولما طالب المحال له الثانى المدين وجدده معسراً . فى هذه الحالة يجوز للمحال له

(١) عن يقولون بالحل الثانى بودرى وسينيا فقرة ٨٣٤ ، وبلايول وريير وردوان ٧
فقرة ١١٣٣ . وكنا نقول به أيضاً فى الموجز فقرة ٥٢٠ ص ٥٢٨ هامش رقم ١ .
ومن يقولون بالحل الثالث هيك فقرة ٧٤٢ .

الثاني أن يرجع بالضمان إما على المحال له الأول وإما على المحيل . فان رجع على المحال له الأول ، استرد السبعين التي دفعها له . وكذلك لا يجوز أن يسترد إلا السبعين التي دفعها ، حتى لو رجع على المحيل ، إذ لا يجوز له أن يسترد بدعوى الضمان أكثر مما دفعه .

أما إذا كان المحال له الثاني دفع ثمناً للحوالة تسعين لاسبعين ، فانه يرجع بالتسعين على المحال له الأول ، إذ هو قد دفعها له فيستردها منه . ولكن إذا أراد الرجوع على المحيل ، فانه لا يسترده إلا الثمانين التي استولى هذا عليها ، ذلك أن المحيل لا يلزم إلا برده ما استولى عليه (١) .

٢٨٨- **عانة الحوالة بغير عوض** : وفي كل ما قدمناه افترضنا أن الحوالة بعوض ، ولذلك جعلنا رجوع المحال له على المحيل مقيداً بمقدار هذا العوض ، ويستوى في ذلك أن تكون الحوالة بيعاً أو هبة بعوض .
أما إذا كانت الحوالة بغير عوض ، وتحقق الضمان على الوجه الذي قدمناه ، فان المحال له لم يدفع شيئاً حتى يسترده . لذلك لا يكون له ، كما سبق القول ، إلا أن يرجع بتعويض عادل عن الضرر الذي أصابه ، يقدره القاضي على الوجه الذي أسلفناه (٢) .

الفرع الثاني

علاقة المحال له بالمحال عليه

٢٨٩- **النصوص القانونية** : تنص المادة ٣٠٦ من التقنين المدني على ما يأتي :

« يجوز قبل إعلان الحوالة أو قبولها أن يتخذ الدائن المحال له من الإجراءات ما يحافظ به على الحق الذي انتقل إليه » .

(١) بودى وسينيا فقرة ٨٤١ .

(٢) انظر آنفاً فقرتي ٢٨٣ و ٢٨٤ .

وتنص المادة ٣١٢ على ما يأتي :

« للمدين أن يتمسك قبل المحال له بالدفع التي كان له أن يتمسك بها قبل الحيل وقت نفاذ الحوالة في حقه ، كما يجوز له أن يتمسك بالدفع المستمدة من عقد الحوالة (١) .

ولا مقابل لهذين النصين في التقنين المدني السابق ، ولكن أحكامهما كان معمولاً بها دون نص لأنها تطبق للقواعد العامة .

ويقابل النصان في التقنين المدني السابق : في التقنين المدني السوري المادتين ٣٠٦ و ٣١٢ - وفي التقنين المدني الليبي المادتين ٢٩٣ و ٢٩٩ - وفي التقنين المدني العراقي المادة ٣٦٦ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٢/٢٨٥ (٢) .

(١) تاريخ النصوص :

م ٣٠٦ : ورد هذا النص في المادة ٤٣١ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٣١٨ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٣٠٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١١٨ - ص ١١٩)

م ٣١٢ : ورد هذا النص في المادة ٤٣٩ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتي : « يجوز للمدين أن يحتج على المحال إليه بالدفع التي كان له ، وقت نفاذ الحوالة في حقه ، أن يحتج بها على المحيل ، كما يجوز له أن يحتج بالدفع الخاصة بالمحال إليه وحده » . وفي لجنة المراجعة عدل النص بما جعله مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وأصبح رقمه ٣٢٤ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٣١٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٢٩ - ١٣١) .

(٢) التفتينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري : م ٣٠٦ و م ٣١٢ (مطابقتان لمادتين ٣٠٦ و ٣١٢ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني الليبي : م ٢٩٣ و م ٣٠٠ (مطابقتان لمادتين ٣٠٦ و ٣١٢ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي : م ٣٦٦ (تطابق المادة ٣١٢ من التقنين المدني المصري ، فيما عدا العبارة الأخيرة فهي تجري في التقنين العراقي على الوجه الآتي : « كما يجوز له أن يحتج بالدفع الخاصة بالمحال له وحده . ولا مقابل في التقنين العراقي لمادة ٣٠٦ من التقنين المصري ، =

ويؤخذ من هذه النصوص أن علاقة المحال له بالمحال عليه (المدين) تتأثر كثيراً بالوقت الذى تصبح فيه الحوالة نافذة فى حق المحال عليه بالإعلان أو بالقبول . فقبل هذا الوقت لا تكون علاقة المحال له بالمحال عليه إلا علاقة دائنية مستقبلية ، إلا أنها علاقة تسمح ببعض آثار محدودة ، أهمها أن المحال له يستطيع أن يتخذ إجراءات تحفظية للمحافظة على حقه المستقبل قبل المحال عليه كما يمتنع على المحال عليه أن يأتى من الأعمال ما يضر بهذا الحق . ومنذ إعلان الحوالة أو قبولها يصبح المحال له هو وحده الدائن - الحالى لا المستقبل - للمحال عليه ، وتقوم بينهما علاقة المديونية كاملة بما يترتب عليها من آثار .

المبحث الأول

علاقة المحال له بالمحال عليه قبل إعلان الحوالة أو قبولها

٣٩٠ - **دائنية المحال له للمحال عليه دائنية محدودة :** قبل إعلان الحوالة أو قبولها يبقى المحال دائناً للمحال عليه ، لأن الحوالة لم تنفذ بعد فى حق المحال عليه . أما المحال له فدائنيته للمحال عليه كامنة ينقصها النفاذ ، فهى دائنية محدودة لا تولد آثاراً كاملة ، ولكنها تولد بعض الآثار على كل حال .

فيستطيع المحال له من جانبه ، أن يتخذ للمحافظة على حقه إجراءات تحفظية . ومن جانب المحال عليه يجب أن يمتنع ، إذا كان قد علم بالحوالة فعلاً

= ولكن حكمها متفق مع القواعد العامة : انظر الدكتور حسن اللئون فى أحكام الالتزام فى القانون المدنى المرقى فقرة ٢٥٢ - فقرة ٢٥٤) .

تقنين الموجهات والمقود البنائى م ٢/٢٨٥ : فيحق إذن المدين أن يدل بأسباب الدفع والدفاع ، التى كان يحق له أن يدل بها ، تجاه المتفرغ له . ويجرى الأمر بالمعكس إذا كان المدين قد وافق على الانتقال بلا قيد ولا شرط ، فهو يعد إذن عادلاً من وسائل الدفاع التى كان يملكها إلى ذلك الحين .

(وهذه الأحكام تنفق مع أحكام التقنين المدنى للمصرى : انظر الدكتور صبحى المصطفى فى انتقال الالتزام فى القانون المدنى البنائى ص ٣٥ - ص ٣٧) .

دون أن يقبلها ودون أن تعلن إليه ، من أن يأتي عملاً من شأنه الإضرار بحق الحال له .

٢٩١ - الإجراءات التحفظية التي يجوزها الحال له : يستطيع الحال

له ، قبل إعلان المدين بالحوالة أو قبوله لها ، أن يتخذ من الإجراءات التحفظية ما هو واجب للمحافظة على الحق الحال به . وهذا ما نصت عليه صراحة المادة ٣٠٦ مدني ، فقد رأيناها تقضي بأنه « يجوز قبل إعلان الحوالة أو قبولها أن يتخذ الدائن الحال له من الإجراءات ما يحافظ به على الحق الذي انتقل إليه » (١).

فيجوز للمحال له أن يقطع التقادم ، إذا رأى أنه أوشك أن يتكامل . وبدلاً من أن يبدأ بإعلان الحوالة إلى الحال عليه لجعلها نافذة في حقه ، ثم يطالب بعد ذلك بالحق مطالبة قضائية ليقطع التقادم وقد لا يكون هناك وقت كاف قبل تكامل التقادم للقيام بهذين الإجراءين المتتاليين ، يعتمد منذ البداية إلى مطالبة الحال عليه مطالبة قضائية تقطع التقادم فوراً ، فيحفظ الحال له بذلك حقه من السقوط . والمطالبة القضائية تتضمن بطبيعة الحال إعلاناً للحوالة ، فهي تحدث الأثرين معاً في وقت واحد : تقطع التقادم وتجعل الجوالة نافذة في حق الحال عليه وفي حق الغير . ويستطيع الحال له أن يتلقى من الحال عليه اعترافاً بالحق في ذاته فينقطع التقادم ، وذلك قبل أن يكون الحال عليه مستعداً لقبول الحوالة ، فهو يقر بالحق الذي في ذمته ، ويريد أن يترتب في قبول الحوالة نحوهاً منه للتنازع التي تترتب على هذا القبول ، وبخاصة أثر القبول في منع التمسك بالمقاصة .

ويجوز للمحال له أيضاً أن يبادر إلى قيد رهن أو حق امتياز أو حق اختصاص يكفل الحق الحال به ، فليس هذا إلا إجراء تحفظياً يستطيع القيام به قبل إعلان الحوالة أو قبولها . كما يستطيع أن يجدد القيد إذا كان قد مضى على القيد السابق عشر سنوات ، ويكون القيد أو تجديده باسمه هو لا باسم المحيل (٢) .

ويجوز للمحال له أن يوقع حجزاً تحفظياً تحت يد مدين الحال عليه ، ويتابع

(١) أنظر المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التفسيرية ٣ ص ١١٩ .

(٢) بودري وسينا فقرة ٨٥١ - بلانويل وريبير وودران ٧ فقرة ١١٢٩ ص ٥٢٠ .

إجراءات هذا الحجز حتى يصل إلى الحكم بصحة الحجز . فيقف عند هذا الحد ، إذ يصبح الحجز عندئذ إجراء تنفيذياً لا إجراء تحفظياً ، فلا يستطيع المحال له الاستمرار فيه قبل أن يجعل الحوالة نافذة في حق المحال عليه (١) .

ويجوز كذلك للمحال له ، إذا باع المحال عليه عقاراً مرهوناً في الحق المحال به وأراد الحائز أن يطهر العقار ، أن يطلب بيع العقار المطلوب تطهيره باعتباره دائماً مرتباً إذا هو أودع خزانة المحكمة مبلغاً كافياً لتغطية مصروفات البيع بالمراد ، وذلك طبقاً للادتين ١٠٦٧ - ١٠٦٨ من التقنين المدني (٢) .

وقد قيس المحال له قبل إعلان الحوالة أو قبولها على الدائن تحت شرط واقف قبل تحقق الشرط ، فكل منهما يجوز له اتخاذ الإجراءات التحفظية (٣) .

(١) أوبري ورو ٥ ،قرة ٣٥٩ مكررة ص ١٥٤ — ص ١٥٥ — بودي وسينيا ققرة ٨٥١ — بلانيول وريبير وردوان ٧ ققرة ١١٢٩ ص ٥٢٠ — ولا يوقع المحال له حجزاً تحفظياً تحت يد المحال عليه ، فان هذا ليس مدينياً لمدينته بل هو مدينته المباشر . وإن فعل ، عد هذا بمثابة إعلان للحوالة ، ومن ثم لا يكون في حاجة إلى طلب تثبيت الحجز التحفظي (استئناف مخطط أول أبريل سنة ١٨٩١ م ٣٢٧٩ — وانظر آنفاً ققرة ٢٦٦ في الهامش) .
(٢) جيلوار ٢ ققرة ٨٠٦ وما بعدها — أوبري ورو ٥ ققرة ٣٥٩ مكررة ص ١٥٥ — بودي وسينيا ققرة ٨٥١ ص ٨٨٥ — عكس ذلك : ديفرجيه ٢ ققرة ٢٠٤ — لوران ٢٤ ققرة ٩٨ وما بعدها .

وهناك شك فيما إذا كان المحال له يستطيع أن يعلن باسمه في حكم صدر ضد المحيل لمصلحة المحال عليه قبل صيرورة الحوالة نافذة في حق المحال عليه (انظر فيما يتعلق بالعلن بالنقض بلانيول وريبير وردوان ٧ ص ٥٢٠ هامش رقم ٣) . وسنرى أن المحال له يستطيع ذلك دون خلاف بعد صيرورة الحوالة نافذة في حق المحال عليه (انظر ققرة ٢٩٤ في الهامش) .

(٣) ويقول بلانيول وريبير وردوان إن هذا قياس مع الفارق ، فالحال له لا وجود لحقه تجاه المحال عليه قبل صيرورة الحوالة نافذة في حق هذا الأخير ، أما الدائن تحت شرط واقف فحقه موجود حتى قبل تحقق الشرط . ولكنهم يرون مع ذلك أن هذا الحكم يبرره فائدته العملية فهو يتجمل بمض آثار الحوالة في حق المدين من غير أن يلحق به كبير ضرر (بلانيول وريبير وردوان ٧ ص ٥٢١) .

وإذا كان المحال له يستطيع اتخاذ إجراءات تحفظية ضد المحال عليه ، فهذه الإجراءات يستطيع أيضاً ، ومن باب أول ، أن يتخذها المحيل ، لأنه لا يزال دائماً للمحال عليه مدامات لم تصبح نافذة في حق هذا الأخير . ومن ثم يكون للمحال عليه ، بالنسبة إلى الإجراءات التحفظية ، دائنتان في وقت واحد : المحيل والمحال له (انظر في هذا المعنى بلانيول وريبير وردوان ٧ ققرة ١١٢٩ ص ٥٢٠ — ص ٥٢١ — وانظر أيضاً فلاحيه في العقود لحساب النير) .

٢٩٢ — امتناع المحال عليه من الإضرار بحقوق المحال له: ويدهى

أن المحال عليه ، الذى لم يقبل الحوالة ولم يعلن بها ، إذا كان لا يعلم فعلا بصورها ، يستطيع أن يعامل المحيل — وهو لا يزال الدائن له — فى شأن الحق المحال به ، فيوفيه إياه ، أو يجنده معه ، أو يجعله قصاصاً فى دين له عليه ، أو يستبرئه منه . وعلى هذا النحو أيضاً يعامل المحال عليه محالاً له ثانياً يكون قد قبل حوالته أو أعلنت له ، فهذا المحال له الثانى ، الذى حوالته نافذة قبل الحوالة الأولى ، هو وحده صاحب الحق بالنسبة إلى المحال عليه ، علم هذا بالحوالة الأولى أو لم يعلم .

أما إذا علم المحال عليه بالحوالة الأولى فعلا ، ولو قبل أن تصبح نافذة فى حقه بالإعلان أو بالقبول ، فن واجب حيثئذ أن يمتنع من إتيان أى عمل ينطوى على غش ويكون من شأنه الإضرار بحقوق المحال له . فليس له أن يوفى الحق المحال به للمحيل غشا وتواطؤا معه . أما إذا أجبره المحيل على الوفاء فلا حيلة له ، وقد تقدم بيان ذلك . وليس له أن يتواطأ غشا مع محال له تال للمحال له الأول ، فيقبل الحوالة الثانية حتى يجعلها نافذة قبل الحوالة الأولى . بل إنه يستطيع ، قبل إعلان الحالة أو قبولها ، أن يوفى الحق المحال به للمحال له ، ويعتبر هذا الوفاء بمثابة قبول منه للحوالة (١) . كما يستطيع المحال له أن يطالبه بالحق المحال به مطالبة قضائية ، وتعتبر هذه المطالبة بمثابة إعلان للحوالة (٢) . ونرى من ذلك أنه من وقت صدور الحوالة إلى وقت إعلانها أو قبولها ، يكون للمحال عليه دائنتان فى دين واحد ، هما المحيل والمحال له . ولكل منهما أن يطالبه بالدَيْن ، وله أن يوفى الدين لأى منهما ، وهما مع ذلك ليسا بدائنتين متضامتين (٣) .

(١) بودى وسينيا فقرة ٨٥١ — بلانيول وريير وردوان ٧ فقرة ١١٢٩ من ٥٢١ وعامش رقم ٣ .

(٢) بلانيول وريير وردوان ٧ فقرة ١١٢٩ من ٥٢١ — وانظر آنفاً فقرة ٢٩١ .

(٣) ومن ثم لا يكون للإعلان أو القبول شأن على كبير فى العلاقة ما بين المحال له والمحال عليه ، وهذا يمكن التبر من محال له ثان أو دائن حاجز أو دائن ماضى فى حالة إفلاس المحيل —

المبحث الثاني

علاقة المحال له بالمحال عليه بعد اعلان الحوالة أو قبولها

٢٩٣ - نفاذ المحررات في من المحال عليه : باعلان الحوالة أو قبولها
تصبح نافذة ، كما قلنا ، في حق المحال عليه ، ويصبح الأثر الأول للحوالة -
انتقال الحق المحال به من المحيل إلى المحال له - نافذاً بالنسبة إلى المحال عليه .
ويترتب على ذلك تيجتان رئيسيتان :

(الأولى) أن يحل المحال له محل المحيل ، بالنسبة إلى المحال عليه ، في
نفس الحق المحال به في الحالة التي يكون عليها وقت إعلان الحوالة أو قبولها .
أما انتقال الحق فيما بين المحيل والمحال له فيكون بالحالة التي كان عليها وقت
صدور الحوالة .

(الثانية) أن يكون للمحال عليه - وهذه نتيجة مترتبة على النتيجة الأولى -
التمسك قبل المحال له بالدفع التي كان له أن يتمسك بها قبل المحيل وقت الإعلان
أو القبول ، وكذلك بالدفع المستمدة من عقد الحوالة .

= أو إحصاره ، فإن للإعلان أو القبول شأنًا هامًا بالنسبة إلى هؤلاء . ونرى من ذلك أن المحال
عليه في مركز وسط بين أطراف الحوالة والغير ، فهو لا يتخصص شيئاً ولا يتخلص طرفاً في الحوالة
(بلانيول وريبير وردوان ٧ ص ٥٢٣ هامش رقم ١) .
وهناك تياران متضاربان في تقدير أهمية إجراءات الإعلان والقبول ، وهي الإجراءات التي
تجعل الحوالة نافذة في حق المدين وفي حق التبر : تيار ينزع إلى الخفض من شأن هذه الإجراءات
والثقل من أهميتها وهذا هو المذهب الجرماني ، وتيار ينزع إلى الإكبار من شأنها وجعلها بمنزلة
إجراءات لشهر كالتسجيل والقي وهذا هو المذهب اللاتيني (قارب في هذا المعنى بلانيول وريبير
وردوان ٧ فقرة ١١٢٩ ص ٥٢١ - ص ٥٢٣ - بلانيول وريبير وبولانجييه ٢ فقرة ١٧٠٨)
عل أن هذه الإجراءات لا تشكل مقوماتها كإجراءات لشهر ضالة ، إلا إذا كان المدين المحال
عليه ملزماً قانوناً باضطر الغير ، متى طلب منه ذلك ، بما يلمه من حوالات سابقة عن طريق
نبره لها أو إعلانها ، فيكون المحال عليه هو الجهة التي يتركز فيها الشهر (انظر اقتراحاً في
هذا المعنى لجمعية الدراسات التشريعية في مجلته سنة ١٩٣٧ ص ٣٤٠ والتمثيل الذي وضعه
بولانجييه في هذا الشأن) .

٢٩٤ - مآل المحال في محل المحيل في نفس المحال به: ينتقل،

بالنسبة إلى المحال عليه ، الحق المحال به من المحيل إلى المحال له ، كما قدمنا .
وينتقل بالحوالة التي يكون عليها وقت إعلان الحوالة أو قبولها (١) .

فمن هذا الوقت لا يكون للمحال عليه إلا دائن واحد هو المحال له ، وقد حل محل المحيل الدائن السابق ، وأصبح هو دون المحيل صاحب الحق بالحالة التي يكون عليها وقت الإعلان أو القبول . فلو أن هذا الحق كان موجوداً وقت صدور الحوالة ، ولكنه انقضى قبل الإعلان أو القبول بأن استوفاه المحيل مثلاً أو قضاه بأي سبب من أسباب الانقضاء ، فإن المحال له لا ينتقل إليه شيء قبل المحال عليه ، لأن الحق أصبح غير موجود وقت الإعلان أو القبول .

وينتقل الحق إلى المحال له بالصفات التي تكون له وقت الإعلان أو القبول . فلو كان الحق ثابتاً في سند تنفيدي في هذا الوقت ، ولو لم يكن ثابتاً في هذا السند وقت صدور الحوالة ، فإن الحق ينتقل إلى المحال له قابلاً للتنفيذ بفضل هذا السند التنفيذي . ولو كان الحق تجارياً أو ينتج فوائد أو كانت له صفات أخرى غير ذلك ، فإنه ينتقل بنفس هذه الصفات إلى المحال له قبل المحال عليه .

وينتقل الحق إلى المحال له بالضمانات التي تكفله وقت الإعلان أو القبول (٢) . فلو أن الحق المحال به كان مضموناً برهن أو اختصاص أو امتياز أو كفيل ، فإنه ينتقل بهذه الضمانات إلى المحال له قبل المحال عليه وقبل الكفيل . ولو كان الضمان الذي يكفل المحال به موجوداً وقت صدور الحوالة ، ولكنه انقضى قبل إعلانها أو قبولها ، فإنه يعتبر غير موجود ولا ينتقل مع الحق إلى المحال له ، كما لو سقط قيد الرهن أو أبرأ المحيل الكفيل قبل الإعلان أو القبول ، وإنما يرجع المحال له على المحيل بالضمان وفقاً للقواعد التي قدمناها .

(١) وقد تقدم الكلام في انتقال الحق فيما بين المحيل والمحال له (انظر آنفاً فقرة ٢٧٢ - ٢٧٧) ، ونحن الآن في صدد انتقال الحق إلى المحال له بالنسبة إلى المحال عليه .

(٢) وكما ينتقل الحق بضماناته ينتقل أيضاً بما يثقله من تكاليف ، فينتقل حق المقاول إلى المحال له مثلاً بامتياز المقاول من الباطن (استئناف مخطط ٢٢ فبراير سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ١٦١ : دوائر مجمعة - ٣٠ مارس سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٤٢) .

وما دام الحق نفسه قد انتقل من الخيل إلى المال له بالنسبة إلى المال عليه ، فقد أصبح الخال عليه ليس له ، كما قلنا ، إلا دائن واحد هو الذي يجب أن يوفيه الحق . فلا يجوز له أن يوفى الحق ، بعد الإعلان أو القبول ، إلى الخيل ، ويكون هذا الوفاء غير مبرىء للتمته ، ويستطيع الخال له أن يستوفى الحق منه مرة ثانية ، ولا يبقى للمخال عليه إلا الرجوع على الخيل بما دفعه إليه دون حق . ويجوز للمخال له ، بعد الإعلان أو القبول ، أن يجبر الخال عليه على الوفاء له بالحق كاملاً (١) ، كما يجوز له أن يقضى الحق بأى سبب من أسباب الانقضاء كالتجديد والمقاصة واتحاد الذمة والإبراء (٢) .

(١) ولا يقتصر حل استيفاء المروض الذى دفعه مقابل الحق ، إلا إذا كان متنازلاً فيه ، وقد تقدم بيان ذلك .

(٢) ويجوز للمخال له أن يأخذ حق اختصاص بمحك حول له (استئناف مخطوط ٢٠ مايو سنة ١٩٠٣ م ١٥٠ ص ٣٠٧) ، كما يجوز له أن يرفع استئنافاً عن حكم صدر ضد الخيل (استئناف مخطوط ١٤ نوفمبر سنة ١٩٠٠ م ١٣ ص ١٠ — ٢٦ أبريل سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٢٣٠ — ١٥ نوفمبر سنة ١٩٠٥ م ١٨ ص ١٢) . وبالمجملة يستطيع الخال له أن يشغذ الإجراءات القضائية ضد الخال عليه باسمه خاصة (استئناف مخطوط ٢٢ ديسمبر سنة ١٨٩٨ م ١١ ص ٦١ — ٢٢ نوفمبر سنة ١٨٩٩ م ١٢ ص ٢٢ — ١٢ يونيو سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٣٤٧) .

وبالنسبة إلى الإجراءات القضائية يمكن تلخيص موقف الخال له في المبادئ الآتية : (أولاً) للمخال له رفع الدعوى باسمه ضد الخال عليه لمطالبته بالحق الخال به (محكمة مصر ١١ أبريل سنة ١٩٢٦ المجموعة الرسمية ٢٨ رقم ٨٨ ص ١٦٩) ، وله أن يدخل الخيل ضماناً في الدعوى (استئناف مصر ٢٥ يونيو سنة ١٩٢٥ المخاماة ٦ رقم ٥٣٢ ص ٨٥٥) . (ثانياً) إذا وجدت قضية قائمة بين الخيل والمخال عليه في خصوص الحق الخال به ، وجب على الخال له أن يأخذ مكان الخيل فيها ، بأن يتدخل في الدعوى في أية حالة كانت عليها (استئناف مصر ٢ أبريل سنة ١٩٣٠ المخاماة ١٠ رقم ٣٥٥ ص ٧١٧ — استئناف مخطوط ٢٠ نوفمبر سنة ١٨٩٠ م ٣ ص ٢٤) . (ثالثاً) يعتبر الخيل وكيلًا عن الخال له في مواجهة دفاع الخال عليه ، فالاستئناف المرفوع منه يفيد الخال له من الطلبات التي وجهها الخيل إلى الخال عليه ، فالطلبات التي كانت موجهة من الخيل في الدعوى الابتدائية تعتبر قائمة أمام محكمة الاستئناف (استئناف مصر ١٩ فبراير سنة ١٩٣٠ المخاماة ١٠ رقم ٣٤٣ ص ٦٩٠) . (رابعاً) للمخال له الحق في التنفيذ باسمه ولو كانت الحوالة في ورقة حرفية ، مادام الحق الخال به قد استجمع الشرائط القانونية ليكون قابلاً للتنفيذ بأن كان ثابتاً في ورقة رسمية أو صدر به حكم قابل للتنفيذ (مصر مستعجل ٩ ديسمبر سنة ١٩٣٩ المخاماة ٢٠ رقم ٢٢٣ ص ٦٦٣) .

ولا يستطيع المحيل ، بعد الإعلان أو القبول ، أن يتصرف في الحق المحال به مرة ثانية ، لا يبيع ولا يبرهن ولا بأى نوع آخر من أنواع التصرفات (١) ، كما لا يجوز أن يوقع أحد دائي المحيل حجزاً تحفظياً على الحق المحال به تحت يد المحال عليه بعد الإعلان أو القبول . وعلى العكس من ذلك ، يستطيع المحال له ، بعد الإعلان أو القبول ، أن يتصرف في الحق بحالة تالية ، كبيع أو هبة أو رهن ، ويجوز لدائنيه أن يوقعوا حجزاً تحفظياً على الحق تحت يد المحال عليه .

على أن حلول المحال له محل المحيل قبل المحال عليه ليس من شأنه أن يتقل الصفات الصبغية بشخص أحدهما إلى شخص الآخر . فلو أن المحيل كان زوجة المحال عليه ، ومن ثم يكون سريان التقادم موقوفاً لمصلحة الزوجة ، لم ينتقل أثر هذه الظروف الشخصية إلى المحال له ، ويبدأ سريان التقادم من وقت أن تصبح الحوالة نافذة في حق الزوج المحال عليه (٢) .

٢٩٥ - الدفوع التي للمحال عليه أنه يتمسك بها قبل المحال له :

رأينا أن المادة ٣١٢ مدني تنص على أن « للمدين أن يتمسك قبل المحال له بالدفوع التي كان له أن يتمسك بها قبل المحيل وقت نفاذ الحوالة في حقه ، كما

(١) ومن باب أولى لا يستطيع المحيل أن يبرئ ذمة المحال عليه من الدين إذا كان إعلان الحوالة للمحال عليه سابقاً على إعلان الإبراء (استئناف مخطط ١٨ نوفمبر سنة ١٩١٩ م ٣٢ ص ١٤) . كذلك لا يستطيع المحال عليه أن يتمسك قبل المحال له ، في حوالة الأجرة ، بحقه في إنقاص الأجرة قبل المحيل إذا كان هذا الحق لم يتمسك إلا بعد أن أصبحت الحوالة نافذة في حقه (استئناف مخطط ٢٣ يناير سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ١٦٠) . ولا يستطيع المحيل بعد نفاذ الحوالة في حق المحال عليه أن يصالحه (استئناف مخطط ٢ يناير سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٩٣) . ولا يحتاج حل المحال له بالاتفاقات التي تكون قد تمت بين المحيل والمحال عليه بعد إعلان الحوالة للمحال عليه (نقض مدني ٢٩ مارس سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام للنقض ٧ ص ٤١٢) .

(٢) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٢٦ ص ٥١٤ - ص ٥١٥ - وعلى العكس من ذلك ، إذا حول الحق لزوجة المدين ، وقف سريان التقادم لمصلحتها ، ولم يكن موقوفاً من قبل لمصلحة المحيل (أوربي ورو ٥ فقرة ٣٥٩ مكررة ص ١٦٠ - بودوي وسينيا فقرة ٨٤٦) . وإذا حول الوارث حقاً للتركة انتقل إليه بالميراث ، وأصبح المحال له خلفاً خاصاً في هذا الحق ، لم يصبح بالحوالة مسئولاً من شيء من ديون التركة ، بل يبقى الوارث المحيل هو المسئول من هذه الديون في حدود حصته في الميراث (استئناف مخطط ٢٦ أبريل سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢٢١) . (م ٣٤ - الوسيط)

يجوز له أن يتمسك بالدفع المستمدة من عقد الحوالة . وهذه نتيجة منطقية مرتبة على كون الحق المحال به هو الذى ينتقل من المحيل إلى المحال له قبل المحال عليه ، كما قدمنا . فإدام الحق نفسه هو الذى ينتقل ، فإنه ينتقل بالدفع التى عليه كما انتقل بالصفات والضمائم التى له . فيستطيع المحال عليه إذن أن يتمسك بهذه الدفع قبل المحال له ، كما كان يستطيع التمسك بها قبل المحيل (١) . ويستطيع أيضاً أن يتمسك بالدفع التى يستمدها من عقد الحوالة ذاته ، وهو العقد الذى نقل الحق المحال به من المحيل إلى المحال له .

يستطيع المحال عليه أولاً أن يتمسك قبل المحال له ، بالنسبة إلى الحق المحال به ، بالدفع التى كان يستطيع أن يتمسك بها قبل المحيل وقت إعلان الحوالة أو قبولها . فإذا كان هناك ، فى هذا الوقت ، دفع يمكن أن يدفع به هذا الحق قبل المحيل ، فإن هذا الدفع يصلح للتمسك به قبل المحال له . والدفع قد ترجع إلى انقضاء الحق أو إلى بطلانه أو إلى انفساخه . فيجوز أن يكون الحق المحال به قد انقضى وقت إعلان الحوالة أو قبولها ، حتى لو كان موجوداً وقت صدور الحوالة . فيصبح مثلاً للمحال عليه أن يدفع بأن الحق قد انقضى إما بالوفاء (٢)

(١) نقض ملف ٣ فبراير سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٧٦ ص ٥٩٤ — استئناف أهل ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٠٩ المجموعة الرسمية ١١ رقم ٢٩ ص ٧٩ — ٢١ مايو سنة ١٩١٢ المجموعة الرسمية ١٣ رقم ١٣٠ ص ٢٦٩ — ١٨ ديسمبر سنة ١٩١٣ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ٤٦ ص ٨٧ — ٣ أبريل سنة ١٩٢٣ المحاماة ٣ رقم ٤١٦ ص ٥١٢ — استئناف مصر ١٥ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ١٤١ ص ١٨٧ — ١٠ مارس سنة ١٩٢٩ المجموعة الرسمية ٣٠ رقم ٧٠ ص ١٦٦ — ٢ أبريل سنة ١٩٣٠ المحاماة ١٠ رقم ٣٥٥ ص ٧١٧ — استئناف مختلط ٦ نوفمبر سنة ١٨٨٩ م ١ ص ٣٩٣ — ٢٧ نوفمبر سنة ١٨٩٠ م ٣ ص ٣٧ — ٢ يوتيه سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٣٠٥ — ٢٢ مارس سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ١٧١ — ٢٦ يناير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ١٠٠ — ٢٠ مارس سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢٠٣ — ٥ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٠٧ — ٢٢ فبراير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٦٧ — ٧ يونيو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤٨٦ — ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٨٦ — ٢١ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٣٨ — ٨ فبراير سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ١٢٣ — ١٦ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣٢٧ — ١٧ مايو سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٣٤ .

(٢) وليس من الضروري أن تكون الخاتمة ثابتة التاريخ لا يمكن أن يتمسك بها المحال عليه قبل المحال له ، ولكن المحال له أن يثبت علم جديتها (استئناف مختلط ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٠٢ م ١٥ ص ٧١ — أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٩ مكررة ص ١٥٣ — بودرى وسينيا فقرة ٨٤٧ ص ٨٠ — بلاتويل وريير وروان ٧ فقرة ١١٢٨ ص ٥١٧ هامش رقم ٤) .

أو بالتجديد أو بالمقاصة أو بالتحاد الذمة أو بالإبراء أو بغير ذلك من أسباب الانقضاء ، سواء كان الانقضاء سابقاً على صلور الجلالة أو تالياً له ، ما دام الحق قد انقضى قبل إعلان الجلالة أو قبولها (١) . ويجوز كذلك أن يكون الحق قد انقضى بتصرف المحيل فيه لحال له آخر ونقلت الجلالة الثانية قبل نفاذ الجلالة الأولى ، ففي هذه الحالة يدفع المحال عليه مطالبة المحال له الأول بأن الجلالة الثانية هي النافذة في حقه وفي حق المحال له الأول على السواء . ويجوز أن يكون أحد دائي المحيل قد وقع حجزاً تحفظياً تحت يد المحال عليه قبل إعلان الجلالة أو قبولها ، وعندئذ يكون للمحال عليه أن يدفع مطالبة المحال له بالحق كله بأن الدائن الحاجز يشاركه فيه . كل هذه دفعات ترجع إلى انقضاء الحق ، كان المحال عليه يستطيع أن يدفع بها مطالبة المحيل ، فيجوز له أن يتمسك بها قبل المحال له . وهناك دفعات ترجع إلى بطلان الحق المحال به أو إلى انقضاؤه ، كأن يكون الحق مصدره عقد باطل أو عقد قابل للإبطال أو عقد قابل للفسخ ، أو يكون الحق معلقاً على شرط واقف لم يتحقق أو معلقاً على شرط فاسخ لم يتحقق (٢) . كل هذه دفعات كان المحال عليه يستطيع أن يتمسك بها قبل المحيل ، ليستطيع كذلك أن يتمسك بها قبل المحال له (٣) .

(١) انظر الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ٣٦٠ — وقارن الأستاذ شفيق شحاتة في حوالة الحق في قوانين البلاد العربية فقرة ٥٢ وقرة ٥٤ .
(٢) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٢٩ — ص ١٣٠ .

(٣) كذلك يستطيع المحال عليه أن يتمسك قبل المحال له بالفوائد الربوية التى دفعها للمحيل ويطلب استردادها من أصل الدين (بودرى وسينيا فقرة ٨٤٧ ص ٨٨١) .
أما إذا كان الحق ما بين المحيل والمحال عليه صورياً ، وسوله المحيل إلى آخر فإن المحال له يعتبر من الغير في الصورة إذا كان حسن النية ، ولا يستطيع المحال عليه أن يتمسك قبله بانعدام الحق لصوريته . وقد قضت محكمة النقض بأن ليس للمدين في حوالة مدنية قبلها المدين والضامن قبولاً ناقلاً للملك أن يقدم الدليل في وجه المحال له على صورية السبب الظاهر في ورقة الدين ، متى كان المحال له يجهل الماملة السابقة التى أغنى سببها عليه ، وكان يعتقد أن السبب الظاهر حقيق ، وكان المدين لم يدفع بطل هذا المحال له السبب الحقيق وقت احياله بالدين ، ولأن إغفاء السبب الحقيق تحت ستار السبب المتحلل لا يمكن الاحتجاج به على غير المتعاقدين ومنهم المحال له (نقض مدنى ١١ أبريل سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٤٧ ص ٦٨٤ — انظر أيضاً: استئناف مصر ١٤ ديسمبر سنة ١٩٣٨ المحاماة ٢٠ رقم ١٠٣ ص ٢٩٣ — استئناف ~

على أن هناك دفعين يخرجان على القواعد التي قدمناها ، هما الدفع بانحاد الزلزمة والدفع بالمقاصة . فإذا كان المحال عليه هو وارث المحيل ، وبعد صلور الحوالة ، ولكن قبل إعلانها أو قبولها ، مات المحيل فورثه المحال عليه وانقضى الحق المحال به بانحاد الزلزمة ، فقد كان ينبغي أن يستطيع المحال عليه أن يدفع مطالبة المحال له بعد إعلان الحوالة بانقضاء الحق . ولكنه لما وارثاً للمحيل ، وكان للمحال له أن يرجع بالضمان على المحيل أو على تركته التي يمثلها الوارث ، فإن الأمر ينتهي إلى أن المحال عليه لا يجوز أن يتمسك بهذا السبب من أسباب الانقضاء (١) . كذلك إذا كان هناك حق للمحال عليه في ذمة المحيل بحيث ينقضى الحق المحال به بالمقاصة ، ولكن المحال عليه قبل الحوالة دون تحفظ ، فإنه لا يستطيع أن يدفع مطالبة المحال له بالمقاصة (٢) كما كان يستطيع دفعها بالدفع الأخرى . فقد رأينا أن المادة ٣٦٨ مدني تنص على أنه ١ - إذا حول الدائن حقه للغير وقبل المدين الحوالة دون تحفظ ، فلا يجوز لهذا المدين أن يتمسك قبل المحال له بالمقاصة التي كان له أن يتمسك بها قبل قبوله للحوالة ، ولا يكون له إلا الرجوع بحقه على المحيل . ٢ - أما إذا كان المدين لم يقبل الحوالة ولكن أعلن بها ، فلا تمنعه هذه الحوالة من أن يتمسك بالمقاصة (٣) .

= مخطوط ٧ فبراير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٢٠٩ - ١١ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٧٧ - ٣١ ديسمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ٥٥ - ١٦ مايو سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١٤٧ - ٢٦ فبراير سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ٥٩ - وانظر الوسيط جزء ٢ فقرة ٦٢١ ص ١٠٩٠ هامش رقم ١ .

(١) هك ٢ فقرة ٣٧٨ - يودى وسينيا فقرة ٨٤٧ ص ٨٨٠ - ٨٨١ .

(٢) استئناف مخطوط ١١ فبراير سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ١٥٤ .

(٣) أما تقيين الموجبات والمقود البناني فبمع حكم المقاصة على جميع الدفع الأخرى ، فنص المادة ٢٨٥/٢ منه ، كما رأينا ، على أنه يجوز للمدين أن يدل بأسباب الدفع والدفع التي كان يحق له أن يدل بها تجاه المتضرر له . ويجرى الأمر بالعكس إذا كان المدين قد وافق على الانتقال بلا قيد ولا شرط ، فهو يمد إذن عادلا عن وسائل الدفاع التي كان يملكها إلى ذلك الحين . وهذا الحكم متقدم ، وهو مخالف للمعنى الذي ينطوي عليه قبول الحوالة ، إذ لا يبدو هذا المعنى أن يكون إقراراً من المحال عليه بطله للحوالة ، ولا يتضمن هذا القبول نزولاً منه عن الدفع التي كان له أن يتمسك بها قبل المحيل (انظر في هذا المعنى يودى وسينيا فقرة ٨٤٨ - الأستاذ شفيق شحاتة في حوالة الحق في قوانين البلاد العربية فقرة ٥١ ص ٤٥ - الدكتور صبحي المحمصاني في انتقال الالتزام في القانون المدني اللبناني ص ٣٦ - ٣٧) . على أن =

ويستطيع المحال عليه ثانياً أن يتمسك بالدفع التي ترجع إلى عقد الحوالة ذاته . مثل ذلك أن يكون عقد الحوالة باطلاً ، وهو سند المحال له في الرجوع على المحال عليه ، فلهذا أن يدفع ببطلانه أو يجوز أن يتمسك بالبطلان كل ذي مصلحة . أما إذا كان عقد الحوالة قابلاً للإبطال لمصلحة المحيل فإن المحيل وحده هو الذي يستطيع أن يتمسك بإبطال الحوالة ، ولا يستطيع المحال عليه ذلك لأن الإبطال لم يقرر لمصلحته ، بل ولا يستطيع أن يتمسك بالإبطال باسم المحيل لأنه ليس دائماً له بل مديناً . فلا يبقى أمامه إلا أن يدخل المحيل خصماً في الدعوى التي يرفعها عليه المحال له ، ويطلب منه إما أن يتمسك بإبطال العقد وإلا دفع المحال عليه الحق المحال به للمحال له معتبراً سكوت المحيل عن التمسك بإبطال العقد إجازة ضمنية منه للحوالة . وهذا هو أيضاً شأن ما إذا كان عقد الحوالة قابلاً للفسخ . فإذا كانت الحوالة في مقابل ثمن لم يدفعه المحال له للمحيل ، وكان للمحيل أن يفسخ العقد لعدم دفع الثمن ، فليس للمحال عليه أن يتمسك بالفسخ ، فإن الذي يتمسك به هو المحيل . وللمحال عليه أن يدخل المحيل خصماً في الدعوى ، حتى إذا رأى هذا أن

== يقول المحال عليه للحوالة قبولاً لا تحفظ فيه، ومتضمناً معنى أنه قد التزم شخصياً نحو المحال له، قد يفيد نزوله من الدفع التي كان يستطيع أن يدفع بها مطالبة المحال له ، فلا يجوز له بعد ذلك أن يتمسك بأي دفع من هذه الدفع ، ويجب عليه أن يفي بالحق المحال به للمحال له ، ثم يرجع بعد ذلك على المحيل إن كان هناك وجه الرجوع (استئناف مختلط ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٠٧ م ٢٠ ص ٨ — الأسكندرية ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٣٠ المحاماة ١٢ رقم ٢٢٦ ص ٤٥٠ — بودري وسينيا فقرة ٨٤٩ — فقرة ٨٥٠ — قارن الموسكى ١٦ أكتوبر سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٢٨٠ ص ٥٥٠) . ولكن تفسيرين يقول المحال عليه للحوالة معنى التزول من الدفع التي كانت له قبل المحيل لا يفترض ، بل لا بد أن يكون هذا المعنى واضحاً من قبول الحوالة ، فإن قام شك فسر القبول لمصلحة المحال عليه ، لأنه هو المدين ، واعتبر قبولاً للحوالة مع الاحتفاظ بما للمحال عليه من دفع كان له أن يتمسك بها قبل المحيل (بودري وسينيا فقرة ٨٤٩ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٢١ ص ٥٠١ — ٥٠٢ — وانظر آنفاً فقرة ٢٦٧) . ويرى التفتين المدعي الألماني لنفع المحال عليه بالمقاصة ، فنص المادة ٤٠٦ من هذا التفتين على ما يأتي : « يجوز للمدين أيضاً أن يتمسك بالمقاصة قبل الدائن الجديد (المحال له) في حق ثبت له في ذمة الدائن السابق (المحيل) ، إلا إذا كان وقت أن كسب هذا الحق قد أحاط عليه بوقوع الحوالة، وإلا إذا كان حقه لم يحل إلا بعد علمه بالحوالة ، ويشترط في هذه الحالة الأخيرة ألا يكون هذا الحق قد حل إلا في وقت لاحق لحلول الحق المحال به » . وانظر في التطبيق على هذا النص التعليقات على التفتين المدعي الألماني ١ م ٤٠٦ ص ٥٧٦ — ص ٥٧٨ .

بطالب بفسخ العقد فعل ، وإلا كان المحال عليه ملزماً بدفع الحق المحال به للمحال له ، ثم يطالب المحيل المحال له بشمن الحوالة (١) . وقد يكون عقد الحوالة صورياً ، فيجوز للمحال عليه أن يدفع بصوريته (٢) ، وأن يثبتها بجميع الطرق ، حتى بالبينة والقرائن (٣) ، لأنه ليس طرفاً في الصورية . ولكنه لا يعتبر غيراً فيها ، إذ هو ليس بدائن ولا بخلف خاص لأى من طرفي الصورية ، فإذا وفى الحق المحال به للمحال له معتقداً بحسن نية أن الحوالة جديّة ، كان الدفع صحيحاً مبرراً للزمة ، لا لأنه من الغير في الصورية ومن حقه أن يتمسك بالعقد الصورى ،

(١) ويبدو مما قعنته أن من الأسراف القول بأن المحال عليه أن يتمسك بالدفع التي ترجع إلى عقد الحوالة ذاته ، فقد رأينا أنه لا يستطيع أن يتمسك بإبطال العقد أو بفسخه ، ويجب عليه أن يدخل المحيل خصماً في الدعوى ليتولى بفسخه يتمسك بذلك . وإذا كان المحال عليه يستطيع التمسك بإبطال العقد ، فإن ذلك لا يرجع إلى قواعد الحوالة بل إلى قواعد الإبطال المطلق ، إذ يستطيع التمسك بالإبطال المطلق كل ذي مصلحة . وسنرى حالا أن المحال عليه يستطيع أن يتمسك بصورية الحوالة ، ولكن هذا أيضاً يرجع إلى قواعد الصورية لا إلى الحوالة ، فإن الصورية كالإبطال المطلق يستطيع كل ذي مصلحة أن يتمسك بها . وقد كان المشروع التمهيد لنص المادة ٣١٢ مدني ، وهو النص الذي يميز المحال عليه أن يتمسك بالدفع المستمدة من عقد الحوالة ، يمرى على الوجه الآتي : « كما يجوز له أن يحتج بالدفع الخاصة بالمحال إليه وحده » ، أي يستطيع المحال عليه أن يتمسك ضد المحال له مثلاً بمقاصة وقمت بين الحق المحال به وحقوق آخر مقابل ترتب في ذمة المحال له للمحال عليه . فكان لنص مستقيماً على هذا الوجه . إلا أنه عدل في لجنة المراجعة ، لتسقيمه مع المادة ٣٢٠ الواردة في حوالة الدين ، مع أن هناك فرقاً واضحاً بين حوالة الدين وحوالة الحق في هذا الصدد . ففي حوالة الدين — دون حوالة الحق — يكون المحال عليه دائماً طرفاً في عقد الحوالة ، فن حقه إذن أن يتمسك بالدفع المستمدة من هذا العقد . (انظر مجموعة الأحكام التفسيرية ٣ ص ١٢٩ — ص ١٣١ — انظر أيضاً فقرة ٢٨٩ في الهامش) . وكان الأولى إبقاء النص على أصله دون تعديل ، وهذا ما وقع في التقنين المدني العراقي في المادة ٣٦٦ ، فقد بقيت هذه المادة على أصلها في المشروع التمهيدى المصرى دون تعديل كما بينا ذلك آنفاً في فقرة ٢٨٩ في الهامش . (انظر في هذا المعنى الأستاذ شفيق شحاتة في حوالة الحق في قوانين البلاد العربية فقرة ٥٥ — الدكتور صبيح المحمصاني في انتقال الالتزام في القانون المدني اللبناني ص ٣٧ — وقارن الأستاذ عبد الحى حجازى ص ٣ (٢٦٠) .

(٢) قارن استئناف مخطوط ١٤ يوفيه سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٣٦٣ - ٦ نوفمبر سنة ١٩٤٢ ص ٣ (٣٦٠) .

(٣) ولا يكتفى لإثبات صورية الحوالة أن المقابل المدفوع يماثل قيمة الحق المحال به مع أن هذا الحق لا ينتج فوائد ومع أن استيفاءه يقتضى وفقاً لإجراءات طويلة (استئناف مخطوط ٣٠ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٢٣٥) .

بل لأنه وفي الحق إلى الدائن الظاهر بحسن نية (١) . على أنه إذا تمسك المحال عليه بصورية الحوالة ، جاز مع ذلك اعتبار الحوالة الصورية توكيلا من المحيل للمحال له في قبض الحق المحال به من المحال عليه ، فيصبح للمحال له باعتباره وكيلا لإلزام المحال عليه بدفع الحق المحال به ، كما يجوز للمحيل الرجوع في هذا التوكيل (٢) .

الفرع الثالث

علاقة المحيل بالمحال عليه

٢٩٦ - التمييز بين مرحلتين : في علاقة المحيل بالمحال عليه يجب أن نميز بين مرحلتين : (١) المرحلة التي تسبق إعلان الحوالة أو قبولها (٢) ثم المرحلة التي تلي الإعلان أو القبول .

٢٩٧ - المرحلة التي تسبق اعلانه الحوالة أو قبولها : في هذه المرحلة لا يزال الحوالة غير نافذة في حق المحال عليه ، ولا يزال صاحب الحق بالنسبة إليه هو المحيل . فيستطيع المحيل إذن أن يقوم باتخاذ جميع الإجراءات التحفظية اللازمة ، كأن يقطع التقادم وأن يقيد الرهن وأن يجدد القيد وأن يتقدم في التوزيع ونحو ذلك (٣) . وما ينتج من أثر يفيد بطبيعة الحال المحال له . وقد رأينا فيما قدمناه أن هذه الإجراءات التحفظية يستطيع المحال له أيضا ، في هذه المرحلة نفسها ، أن يتخذها باسمه .

كذلك يستطيع المحيل ، في المرحلة التي نحن بصددنا ، أن يجاوز الأعمال التحفظية إلى الأعمال التنفيذية ، فهو بالنسبة إلى المحال عليه لا يزال صاحب

(١) الوسيط جزء ٢ فقرة ٢٢١ ص ١٠٩٠ هامش رقم ١ .

(٢) استئناف مختلط ٣ نوفمبر سنة ١٩٣٨ م ٥١ ص ٩ . وانظر في إمكان أن تكون الحوالة وكالة بالقبض بقصد التحويل ما ذكرناه آنفاً فقرة ٢٤٦ في الهامش .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٢٩١ في الهامش .

الحق كما قدمنا . فله أن يستوفى الحق من المحال عليه ، وله أن يجبره على الوفاء . وليس للمحال عليه في هذه الحالة الأخيرة إلا أن يبادر إلى قبول الحوالة حتى يجعلها نافذة في حقه فلا يوفى الحق المحال به إلا للمحال له ، أو أن يدخل المحال له خصماً في الدعوى ويدعوه إلى تحديد موقفه من الحوالة . كذلك يستطيع المحيل أن يقضى الحق بأى سبب من أسباب الانقضاء ، كالتمديد والمقاصة وانحاد الذمة والإبراء ، ولا يكون للمحال له في هذه الحالة إلا الرجوع عليه بالضمان إن كان هناك محل للرجوع (١) .

ويستطيع المحيل أيضاً أن يتصرف في الحق المحال به ، فهو لا يزال صاحبه بالنسبة إلى المحال عليه وبالنسبة إلى الغير ، فيحول الحق مرة أخرى إلى محال له ثان على سبيل البيع أو الهبة أو الرهن أو غير ذلك . ويجوز للدائن المحيل أن يحجزوا حجزاً تحفظياً على الحق المحال به تحت يد المحال عليه (٢) . فالمحال له إذن يخلص له الحق المحال به بالحالة التي يكون عليها وقت الإعلان أو القبول ، لا بحالته وقت صدور الحوالة . وإذا انتقص الحق بفعل المحيل ، في الفترة ما بين وقت صدور الحوالة ووقت إعلانها أو قبولها ، فليس للمحال له إلا الرجوع على المحيل (٣) .

٢٩٨ - المرحلة التي تلي انعقد الحوالة أو قبولها : فإذا ما أعلنت

الحوالة أو قبلت ، فقد رأينا أنها تصبح نافذة في حق المحال عليه وفي حق الغير ، ويصبح المحيل أجنبياً بالنسبة إلى المحال عليه .

ومن ثم لا يستطيع المحيل في هذه المرحلة أن يفعل شيئاً مما كان يستطيع أن يفعله في المرحلة الأولى . لا يستطيع أن يستوفى الحق من المحال عليه ، وإن استوفاه كان الوفاء غير مبرىء للذمة المحال عليه كما قدمنا . ولا يستطيع بالأولى

(١) بودى وسينيا فقرة ٨٥٢ — بلايول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٢٨ .

(٢) ولكن لا يجوز لدائن المحال له أن يوقعوا حجزاً تحفظياً تحت يد المحال عليه ، لأن هذا لا يعتبر قبل الإعلان أو القبول مدنياً لديهم .

(٣) بلايول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٢٨ ص ٥١٨ — ص ٥١٨ — وقد رأينا فيما قبلناه أن المحال له هو أيضاً يستطيع أن يقوم بإجراءات تحفظية وإجراءات تنفيذية في المرحلة التي نحن بصدها ، بحيث يكون لحق المحال به صاحبان في وقت واحد .

إلزام المحال عليه بالوفاء ، كما لا يستطيع أن يقضى الحق بأى سبب من أسباب الانقضاء ، لا بالتجديد ولا بالمقاصة (١) ولا باتحاد اللمة ولا بالإبراء ولا بغير ذلك .

كذلك لا يستطيع المحيل أن يتصرف فى الحق المحال به بعد إعلان الحوالة أو قبولها ، لا يبيع ولا يهب ولا يرهن ولا يغير ذلك من التصرفات ، فقد أصبح المحال له هو صاحب الحق كما سبق القول . ولا يجوز فى هذه المرحلة لدائى المحيل أن يحجزوا على الحق المحال به تحت يد المحال عليه ، والحجز بعد إعلان الحوالة أو قبولها لا يسرى فى حق المحال له . والذين يستطيعون أن يوقعوا الحجز تحت يد المحال عليه هم دائئو المحال له ، فقد أصبح الحق ملك مديهم وحده (٢) .

الفرع الرابع

علاقة المحال له بالغير

٢٩٩ — النصصرى القانونية : تنص المادة ٣١٣ من التتئين المدنى على ما يأتى :

« إذا تعددت الحوالة بحق واحد ، فصلت الحوالة التى تصبح قبل غيرها نافذة فى حق الغير » .

وتنص المادة ٣١٤ على ما يأتى :

١ — إذا وقع تحت المحال عليه حجز قبل أن تصبح الحوالة نافذة فى حق الغير ، كانت الحوالة بالنسبة لى الحاجز بمثابة حجز آخر » .

(١) وإذا كان الحق المحال به مضافاً إلى أجل ، وكان الأجل فى صالح المحيل ، لم يستطع هذا ، بعد الإعلان أو القبول ، أن يزل من الأجل حتى يتمسك بالمقاصة فى دين كان قد حل فى ذمته المحال عليه . وإذا كان الأجل فى صالح المحال عليه ، لم يستطع هو أيضاً ، بعد الإعلان أو القبول ، أن يزل من الأجل ليتسك بالمقاصة (بلاثيول وردوان ٧ فقرة ١١٢٨ ص ٥١٨ هامش رقم ٣) .

(٢) بودرى وسينيا فقرة ٨٥٢ — بلاثيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٢٨ ص ٥١٨ .

٢٥- وفي هذه الحالة إذا وقع حجز آخر بعد أن أصبحت الحوالة نافذة في حق الغير ، فإن الدين يقسم بين الحاجز للتقدم والحال له والحاجز المتأخر قسمة غرماء ، على أن يؤخذ من حصة الحاجز المتأخر ما يستكمل به الحال له قيمة الحوالة (١) .

وليس للنص الأول مقابل في التقنين المدني السابق ، ولكن الحكم كان معمولاً به دون نص لا نطبقه على القواعد العامة . أما النص الثاني فيقابلة في تقنين المرافعات السابق للمادة ٤٣٣/٤٩٥ (٢) .

ويقابل النصان في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادتين ٣١٣ - ٣١٤ ، وفي التقنين المدني الليبي المادتين ٣٠٠ - ٣٠١ ، وفي التقنين المدني العراقي المادتين ٣٧٣ - ٣٧٤ ، وفي تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني المواد ٦٤٧ - ٦٤٩ (٣) .

(١) تاريخ النص :

م ٣١٣ : ورد هذا النص في المادة ٤٤٠ من المشروع التمهيلي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٢٢٥ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٢١٣ (مجموعة الأعمال التمهيلية ٣ ص ١٢١ - ١٢٢) .

م ٣١٤ : ورد هذا النص في المادة ٤٤١ من المشروع التمهيلي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافق عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٢٢٦ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٣١٤ (مجموعة الأعمال التمهيلية ٣ ص ١٣٢ - ١٣٥) .

(٢) تقنين المرافعات السابق م ٤٣٣/٤٩٥ : إذا وقع الحجز على مال المدين عند الدين ، ثم أحال المدين أجنياً بالزائد له عند المحجز لديه أو بفضه وأعلنت الحوالة إعلاناً صحيحاً ، ثم ظهر بعد ذلك مدانون آخرون ووقعوا الحجز ، فهؤلاء يتحاصون مع الحاجزين السابقين ومع المحتال بشرط أن يتقسط من حصة كل من الحاجزين المتأخرين قدر ما يفي بإتمام مبلغ الحوالة ، كل منهم بحسب ما يفضه بالنسبة لدينه . (وهذا الحكم يتفق مع الحكم الوارد في المادة ٣١٤ من التقنين المدني الجديد) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٣١٣ - ٣١٤ (مطابقتان للمادتين ٣١٣ - ٣١٤ من التقنين المدني المصري) .

وقد عرضت هذه النصوص لطاقتين من الغير ، لتقرر لمن يكون التقدم إذا تزامم الحال له مع الغير . وهاتان الطائفتان هما : (١) محال له آخر بنفس الحق المحال به أولاً ، سواء تضمنت الحوالة بيعاً أو هبة أو رهناً أو غير ذلك من التصرفات . (٢) دائن جاجز من جهة المحيل يكون قد حجز على الحق المحال به تحت يد المحال عليه .

وقد رأينا فيما تقدم (١) أن الغير في الحوالة يشمل هاتين الطائفتين ويشمل أيضاً طائفة ثالثة هي دائنو المحيل إذا شبر إفلاسه أو إعساره . ورأينا أن العبرة

— التقنين المدني الليبي م ٣٠٠ — ٣٠١ (مطابقتان للمادتين ٣١٣ — ٣١٤ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٣٧٣ — ٣٧٤ (مطابقتان للمادتين ٣١٣ — ٣١٤ من التقنين المدني المصري) .

تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبنانية م ٦٤٧ : إن المتفرغ من الدين المطلوب للمجهوز عليه يحيل الحجز باطلا إذا جرى هذا المتفرغ قبل إبلاغ ورقة الحجز إلى الشخص الثالث المجهوز لديه .

م ٦٤٨ : إذا حدث بعد الحجز لدى شخص ثالث ، وقبل كل حكم بإثبات الحجز وكل قرار بمصر امتياز الحجز ، أن المدين تفرغ لأحد من الدين المجهوز لدى الشخص الثالث ، فإن المتفرغ يكون باطلا بجهه الصفه ، بيد أن المتفرغ له يصبح تجاه الحاجز الأول بمنزلة حاجز ثان ، ويشترك معه على نسبة ماله من الدين .

م ٦٤٩ : إذا حدث بعد أول حجز لدى شخص ثالث ، وقبل كل حكم بإثبات الحجز وكل قرار بمصر امتياز الحجز ، أنه جرى أولاً تفرغ من الدين ثم حجز ثان ، فإن المتفرغ له يأخذ نصيبه وقت التوزيع مع الحاجز الأول ويكون مقدماً على الحاجز الثاني . ويتم التوزيع على الوجه الآتي : تمجد أولاً حصه الحاجز الأول بإجراء توزيع نسبي بين ذوى الشأن الثلاثة ، ثم تعطى الزيادة المتفرغ له بالأفضلية على الحاجز الثاني .

وهذه النصوص تتفق أحكامها مع أحكام التقنين المصري . أنظر مع ذلك الدكتور صبحي محمصاني ، وهو يقول : « إن الفرق واضح في الأحكام ما بين التقنين اللبناني والتقنينات العربية ، فإن أفضلية المحال له بالنسبة للحاجز الثاني محدودة بقيمة الحوالة في هذه القوانين ، على حين أن الأفضلية مطلقة في القانون اللبناني » (انتقال الالتزام في القانون المدني اللبناني ص ٣٩) . ولا نظن ، مهما تكن الأفضلية مطلقة في التقنين اللبناني ، أن المحال له يحصل في التوزيع على أكثر من قيمة الحوالة ، وهذا هو الحكم أيضاً في التقنينات العربية الأخرى . (١) أنظر آنفاً فقرة ٢٦٤ .

في نفاذ الحوالة في حق هؤلاء الأغيار — أى الطوائف الثلاثة — بالتاريخ الثابت لإعلان الحال عليه بالحوالة أو لقبوله بها .

ولا تقوم صعوبة في تطبيق هذا المبدأ بالنسبة إلى طائفتين من هذه الطوائف الثلاث ، وهما طائفة دائن الخيل المفلس أو المعسر وطائفة الحال له الثاني . وإنما تقوم الصعوبة في تطبيق المبدأ بالنسبة إلى الدائن الحاجز . فنبحث أولاً الطائفتين الأولين ، ثم نفرد بعد ذلك بمبحثنا خاصاً بالدائن الحاجز .

المبحث الثامن

التزام بين الحال له وبين دائن الخيل للمفلس أو المعسر أو محال له آخر

٣٠٠ — التزامهم بين المحال له وبين دائن الخيل للمفلس أو المعسر :

إذا صدرت الحوالة من الخيل ، وقبل أن تصبح نافذة في حق الغير بالإعلان أو القبول شهر إفلاس الخيل أو شهر إحصاره ، فإن دائن الخيل في هذه الحالة يصبحون من الغير بالنسبة إلى المحال له ، وذلك من وقت صدور الحكم بالإفلاس أو من وقت تسجيل صحيفة دعوى الإعسار .

أما فيما يتعلق بالإفلاس ، فقد نصت المادة ٢١٦ من القانون التجاري على أن « الحكم بإشهار الإفلاس يوجب بمجرد صدوره رفع يد المفلس من تاريخ هذا الحكم عن إدارة جميع أمواله ... » . ومن المجمع عليه في الفقه التجاري أن غل يد المفلس من تاريخ صدور الحكم بالإفلاس لا يقتصر فحسب على إدارة الأموال ، بل هو يشمل أيضاً ، ومن باب أولى ، التصرف في هذه الأموال (١) . ومن النتائج التي يرتبها فقهاء القانون التجاري على هذا المبدأ أنه « إذا اشترط القانون لسريان التصرف على الغير إتمام إجراءات أو أشكال معينة ، فلا يعتبر التصرف بالنسبة إلى جماعة الدائنين قد كمل إلا إذا تمت الإجراءات أو الأشكال المذكورة قبل صدور حكم الإفلاس . فإذا لم تكن قد

(١) الأستاذ محسن شفيق في الإفلاس فقرة ٢٤٤ ص ٢٣٨ .

تمت حتى هذا الوقت ، فلا يجوز إجراؤها بعد ذلك ، ومن ثم لا يجتج بالتصرف على جماعة الدائنين لأنها من الغير (١) . وتطبيقاً لهذا المبدأ ، إذا حول الدائن قبل شهر لإفلاسه الحق الذي له في ذمة مدينه إلى شخص آخر ، ولم يكن التاريخ الثابت لإعلان هذه الحوالة إلى المدين أو لقبوله إياها سابقاً على تاريخ الحكم بشهر الإفلاس ، فإن دائني المحيل المفلس يعتبرون من الغير بالنسبة إلى هذه الحوالة ، ولما كان تاريخ نفاذها تألياً لصيرورتهم من الغير ، فإن الحوالة لا تنفذ في حقهم . وفي هذه الحالة يبقى الحق المحال به في « روكية » المحيل المفلس تتناوله إجراءات الإفلاس ، ويدخل المحال له ضمن دائني التخليصة بما له من حق الرجوع على المحيل ، ويقاسم هؤلاء الدائنين قسمة الغرماء (٢) .

(١) الأستاذ محسن شفيق في الإفلاس فقرة ٢٥٥ ص ٣٥٨ . ويشير إلى حكم محكمة الاستئناف المختلة في ١٢ أبريل سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢٣٣ .
(٢) ليون كان وريغو ٧ فقرة ٧٠٣ — الأستاذ محسن شفيق في الإفلاس فقرة ٢٥٥ ص ٣٥٩ .

وقد قضت محكمة الاستئناف المختلة بأن الدفع بعدم جواز إعلان الحوالة للمدين المحال عليه بعد إفلاس المحيل لا يجوز اتسكه به إلا من دائني هذا الأخير الذين تتكون منهم جماعة الدائنين (٢٧ مارس ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٨٥ — وانظر أيضاً: استئناف مخطوط ٢٤ فبراير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٢٠٢) . ويقول الأستاذ محسن شفيق في هذا الصدد : « ويسرى ذات الحكم إذا كان الحق ما يتداول بالطرق التجارية ، أي بطريق التسليم إذا كان حامله ، أو التظهير إذا كان إذنيها ، أو القيد في دفاتر المحال عليه إذا كان اسماً ، لأن التسليم أو التظهير أو القيد في الدفاتر يقوم مقام الإجراءات الخاصة بالحوالة المدنية . وعلى هذا الأساس إذا تنازل المفلس عن ورقة تجارية أو مالية لحاملها ، ولم يقع التسليم حتى صدور حكم الإفلاس ، فلا يجتج بالتنازل في مواجهة جماعة الدائنين . وإذا تنازل عن ورقة تجارية أو مالية إذنية ولم توضع صيغة التظهير الناقل للملكية على الورقة حتى صدور حكم الإفلاس ، فلا يجوز وضعها بعد ذلك ، ولا يكون للتنازل إليه أن يجتج بالتظهير في مواجهة جماعة الدائنين ولو كان الصك في حيازته ، ومن هنا تبدو أهمية تاريخ التظهير . ولما كان القانون لا يتطلب أن يكون هذا التاريخ ثابتاً بوجه رسمي ، فقد أراد أن يحوط ذلك بتوقيع المقوية على الكلب فيه ، وعلى الأخص إذا كان هذا الكلب يتقدمه ، ففرض في المادة ١٣٦ تجارياً بأن تقديم التواريخ في التحاويل ممنوع ، وإن حصل بعد تزويراً . وإذا تنازل المفلس عن سهم أو سند أسعى ، ولم تتم إجراءات التنازل في دفاتر لشركة حتى وقت صدور حكم الإفلاس ، فلا يجوز بعد ذلك إتمامها ، ولا يجتج بالتنازل في مواجهة جماعة الدائنين ، فيكون لها أن تعبر السهم أو السند لا يزال في ملكية المفلس : استئناف مخطوط ١٢ أبريل سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢٣٣ (الأستاذ محسن شفيق في الإفلاس فقرة ٢٥٥ ص ٣٥٩ — ص ٣٦٠) .

وأما فيما يتعلق بالإعسار، فقد نصت المادة ٣٥٧ مدنى على أنه «منى سجلت صحيفة دعوى الإعسار، فلا يسرى في حق الدائنين أى تصرف للمدين يكون من شأنه أن ينقص من حقوقه أو يزيد في التزاماته، كما لا يسرى في حقهم أى وفاء يقوم به المدين». ويتبين من هذا النص أنه بعد شهر إعسار المدين، كل تصرف يصدر منه منذ تاريخ تسجيل صحيفة دعوى الإعسار، ويكون من شأنه أن ينقص من حقوقه كالبيع والهبة والرهن ويخل في ذلك حوالة الحق على سبيل البيع أو الهبة أو الرهن، أو يزيد في التزاماته كالقرض، وأى وفاء يقوم به ولو لمدين حال، يكون غير سار في حق الدائنين، وذلك دون حاجة إلى إثبات إعسار المدين فهو ثابت بحكم شهر الإعسار، ودون حاجة إلى إثبات سوء نية المدين أو سوء نية المتصرف إليه ولو كان التصرف معاوضة. وهذه الوقاية تفضل العلاج الذى تقدمه الدعوى البولصية (١). وكما أن الحوالة التى صدرت بعد تسجيل صحيفة دعوى الإعسار لا تسرى في حق دائنى المعسر إذ يعتبرون من الغير بالنسبة إليها، كذلك إذا لم تتم الإجراءات اللازمة لجعل الحوالة نافذة في حق الغير قبل تسجيل صحيفة دعوى الإعسار، فإن الحوالة لا تسرى في حق دائنى المعسر باعتبارهم من الغير. فإذا صدرت الحوالة من المحيل ولو قبل تسجيل صحيفة دعوى الإعسار، ولكن التاريخ الثابت لإعلانها أو لقبولها لاحق لتسجيل صحيفة دعوى الإعسار، فإن الحوالة لا تنفذ في حق دائنى المعسر، ويبقى الحق المحال به داخلًا في الضمان العام لجميع الدائنين، ومنهم المحال بما له من حق الرجوع بالضمان على المحيل، فيكون أسوة الدائنين الآخرين في التنفيذ على أموال المدين المعسر، وذلك وفقًا للمادة ٢٥٦ مدنى.

٣٠١ - التزام بين محال له ومحال له آخر: رأينا أن المادة ٣١٣

مدنى تنص على أنه «إذا تعددت الحوالة بحق واحد، فضلت الحوالة التى تصبح قبل غيرها نافذة في حق الغير». فالمفروض أن المحيل قد حقه مرة أولى، ثم حول نفس الحق مرة أخرى، سواء كانت الحوالة في أية مرة من

(١) الوسيط جزء ٢٠ فقرة ٧٠٨ ص ١٢٣٢.

المرتبن على سبيل البيع أو الهبة أو الرهن أو غير ذلك ، فتزاحم الحال له الأول مع الحال له الثاني ، فأيهما يقدم على الآخر ؟

يقول النص إن الحوالة التي تصبح قبل غيرها نافذة في حق الغير هي التي تفضل . ولا تنفذ الحوالة في حق الغير ، كما قلنا ، إلا إذا أعلنت إلى الحال عليه أو إلا إذا قبلها وكان لهذا القبول تاريخ ثابت . فمن من الحال لها سبق الآخر إلى إعلان الحوالة للمحال عليه ، أو سبق الآخر إلى الحصول على قبول ذى تاريخ ثابت من الحال عليه للحوالة ، كان هو المقدم (١) . فالعبرة إذن ، عند تزاحم هذين ، في المقاضلة بينهما ، ليس بتاريخ صدور الحوالة ، بل بالتاريخ الثابت لإعلانها أو لقبولها من الحال عليه (٢) .

وقد يقع أن يحول الدائن جزءاً من حقه إلى محال له أول ، والجزء الباقي إلى محال له ثان . فهنا لا يقوم تزاحم بين الحال لهما ، إذ كل منهما قد حول بجزء من الحق غير الجزء الذي حول به الآخر . فيرجع كل منهما بالجزء المحول به على الحال عليه ، ويستوفيه منه كاملاً . فلو كان الحق مائة ، وحول كل من الحال لهما بخمسين ، رجع كل منهما على الحال عليه بالخمسين التي له دون

(١) ولو كان الحال له الأسبق في التاريخ الثابت قد انتقل إليه الحق الحال به ببيع أو هبة مثلا ، فإنه يجب^١ الحال له المتأخر ، سواء كان هذا قد كسب الحق أو اقتصر حل رهنه . أما إذا كان الحال له المتقدم لم ينتقل إليه الحق إلا على سبيل الرهن ، وكان الحال له المتأخر قد كسب الحق ببيع أو هبة مثلا ، فإن الحال له الأول لا يجب^٢ الحال له الثاني إلا في حدود حق الرهن ، فينتقل الحق الحال به إلى الحال له الثاني متغلباً بحق الرهن الثابت للمحال له الأول . فإذا استوفى الحال له الأول الحق المضمون بالرهن من الحق الحال به المرهون ، وبقي شيء من هذا الحق الأخير ، فإن الباقي يعود إلى الحال له الثاني .

(٢) استئناف غنطل ٢٠ مارس سنة ١٨٨٩ م ١ ص ١٧٩ — المذكرة الإيضاحية لمشروع التجهيز في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٣١ — هذا ويشترط في تفصيل صاحب التاريخ الثابت المتقدم أن يكون حسن النية (استئناف غنطل ٧ مايو سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢٠٨ — الوسيط جزء ٢ فقرة ١٢٤ ص ٢٢٣) . وهذا بخلاف التسجيل في شهر الحقوق للبنية الأصلية ، فإن الذي يسجل أولا يفضل على من سجل بعد ذلك ولو كان هذا الأخير قد تلقى التصرف قبل الأول ، ولا يشترط فيه من سجل أولا ، حتى يفضل ، أن يكون حسن النية . بل إن القضاء المصري قد ذهب في بعض أحكامه إلى تفصيل من سجل أولا ولو كان متواطئاً مع من صدر منه التصرف (الوسيط جزء ٢ فقرة ٥٨٨ ص ١٠٣٠ هامش رقم ٤) .

تراحم . وإنما يقع التراحم إذا كان المحال عليه معسراً لإعساراً جزئياً ، فإذا فرضنا في المثل المتقدم أنه لم يخلص للمحال لها من مال المحال عليه إلا خسون ، فلكل منهما خمسة وعشرون ، إذ لا وجه لتفضيل أحدهما على الآخر في هذه الحالة ، ولو كانت حوالته نافذة في حق الغير قبل ففاد حوالة الآخر ، لأننا لسنا في مقام تراحم بين حوالتين بحق واحد ، بل في مقام تراحم دائنتين لا يستطيعان أن يستوفيا الحق كاملاً فيقسم مال المدين بينهما قسمة غرماء . وقد رأينا أن هذا الحكم ينطبق أيضاً فيما إذا كان المحيل قد حول جزءاً من حقه إلى محال له واستبقى لنفسه الجزء الآخر ، فإذا كان مال المحال عليه لا يفي بحق كل منهما ، قسماً هذا المال بينهما قسمة الغرماء هنا أيضاً ، وهذا ما لم يكن المحيل قد ضمن للمحال له يسار المحال عليه وقت حلول الحق المحال به ، ففي هذه الحالة يتقدم المحال له على المحيل (١) .

على أن من الجائز ، عند تحويل الدائن جزءاً من حقه ، أن يتفق مع المحال له ، وقت الحوالة أو بعدها ، على أن يكون هذا الجزء مقدماً في الاستيفاء على الجزء الباقي ، سواء استبقى هذا الجزء الباقي لنفسه أو حوله إلى محال له آخر . ففي هذه الحالة يسرى الاتفاق على المحيل إذا كان قد استبقى لنفسه الجزء الباقي ، وعلى المحال له الآخر إذا كان قد حول له هذا الجزء الباقي لأنه يكون قد علم — أو من المفروض أنه علم — بأسبقية الجزء المحول أولاً على الجزء الذي حول له أخيراً بالاستعلام عن ذلك من المحال عليه وقت صدور الحوالة له . ومن ثم يتقدم الجزء الأول المحال به في الاستيفاء على الجزء الباقي . أما إذا أراد الدائن أن يجعل الأسبقية للجزء الباقي من الحق فلا بد أن يحتفظ له بهذه الأسبقية عند إجراء حوالة الجزء الأول (٢) .

(١) انظر آتفاً فقرة ٢٨٢ في آخرها .

(٢) أوبري ودو ، فقرة ٢٥٩ مكررة ص ١٦٧ — ص ١٦٨ — بودرى وسينيا

المبحث الثاني

التزام بين الحال له والدائنين الحاجزين

٣٠٢ - **مادة ثلث** : رأينا أن المادة ٣١٤ مدني تنص على أنه :

« ١ - إذا وقع تحت يد الحال عليه حجز قبل أن تصبح الحوالة نافذة في حق الغير ، كانت الحوالة بالنسبة إلى الحاجز بمثابة حجز آخر ؛ ٢ - وفي هذه الحالة ، إذا وقع حجز آخر بعد أن أصبحت الحوالة نافذة في حق الغير ، فإن الدين يقسم بين الحاجز المتقدم والحال له والحاجز المتأخر قسمة غرماء ، على أن يؤخذ من حصة الحاجز المتأخر ما يستكمل به الحال له قيمة الحوالة » .

ويوحى هذا النص بأنه يجب التمييز بين حالات ثلاث : (١) بعد صيرورة الحوالة نافذة في حق الغير عمد أحد دائني الحيل إلى توقيع حجز على الحق الحال به تحت يد الحال عليه ، فقام التزام بين الحال له والدائنين الحاجز . (٢) قبل صيرورة الحوالة نافذة في حق الغير بادر أحد دائني الحيل إلى توقيع الحجز على الحق الحال به تحت يد الحال عليه ، فقام التزام بين الدائنين الحاجز والحال له . (٣) قبل صيرورة الحوالة نافذة في حق الغير ، بادر أحد دائني الحيل إلى توقيع الحجز ، ثم بعد صيرورتها نافذة في حق الغير وقع دائن آخر حجزاً ثانياً ، فقام التزام بين الدائنين الحاجز الأول والحال له والدائنين الحاجز الثاني . ولكل من هذه الحالات الثلاث حكمها الخاص .

٣٠٣ - **التزام بين الحال له والدائنين الحاجزين** : نفرض في هذه

الحالة أن الحوالة قد صارت نافذة في حق الغير قبل توقيع الحجز ، بأن استطاع الحال له أن يعلن الحال عليه بها قبل أن يعلنه الدائن بالحجز ، أو استطاع أن يحصل من الحال عليه على قبول ذي تاريخ ثابت سابق على تاريخ إعلان الحجز للمحال عليه .

لم يرد في هذه الحالة نص لوضوحها (١). فمن البليهي أن الحوالة وقد نفذت في حق الغير - أى في حق الدائن الحاجز - قبل تاريخ إعلان الحجز ، فقد انتقل الحق المحال به من المحيل إلى المحال له بالنسبة إلى الدائن الحاجز قبل توقيع الحجز . فيكون الحجز وقت توقيعه قد وقع على حق غير مملوك للمدين ، فيقع باطلا لانعدام المحل . ومن ثم يتقدم المحال له في هذه الحالة على الدائن الحاجز ، ويستولى أولا على قيمة حوالته (٢) . فان كانت الحوالة بكل الحق ، أخذها كله من المحال عليه ، ولا يبقى للدائن الحاجز شيء . وإن كانت الحوالة بجزء من الحق ، استولى المحال له على هذا الجزء كاملا قبل الدائن الحاجز ، وما يبقى من الحق يعد ذلك يستوفى منه الدائن الحاجز حقه أو بعض حقه بحسب الأحوال (٣) .

٣٠٤ - التزامهم بين الدائنين المحجز والمحال له : نقرض في هذه الحالة أن الدائن الحاجز قد سبق المحال له ، فأعلن الحجز للمحال عليه قبل أن يعلن المحال له الحوالة أو قبل أن يحصل على قبول بها ذى تاريخ ثابت من المحال عليه (٤) .

لا شك في أن الحجز هنا وقع على الحق المحال به في وقت كان هذا الحق في ملك المدين ، فالحجز صحيح منتج لأثره . ولكن الحوالة المتأخرة تعتبر هي نفسها بمثابة حجز متأخر ، فان المحال له دائن بالضمان للمحيل ، وباعلانه الحوالة أو بقبولها من المحال عليه يكون كأنه أوقع بحقه في الضمان حجزاً آخر تحت يد المحال عليه . وهذا ما تنص عليه صراحة الفقرة الأولى من المادة ٣١٤

(١) ورد في تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني نص صريح في هذا المعنى ، هو المادة ٦٤٧ من هذا التقنين (انظر آنفاً فقرة ٣٩٩ في المامش) .

(٢) استئناف مختلط ٢٥ يناير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١٣٧ — ٢٤ أبريل سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٣٠٣ — ٥ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٠٧ .

(٣) بودرى وسينيا فقرة ٨٥٦ .

(٤) وهذا حتى لو كان حق الدائن الحاجز متأخراً عن صدور الحوالة ، ما دام إعلان الحجز سابقاً على الإعلان أو التاريخ الثابت للقبول .

مدنى ، فهى تقول : « إذا وقع تحت يد المحال عليه حيز قبل أن تصبح الحوالة نافذة فى حق الغير ، كانت الحوالة بالنسبة إلى الحاجز بمثابة حيز آخر (١) » .

ولما كان الحيز المتقدم لا يفضل على الحيز المتأخر ، بل كل من الدائنين الحاجزين يزاحم الآخر ويقسم مال المحيل بينهما قسمة الغرماء ، فإن وجد مال عند المحال عليه بنى بكل من الحيز كاملاً والحوالة كاملة ، أخذ كل منهما جميع حقه . أما إذا ضاق المال الذى للمحيل عند المحال عليه عن ذلك ، فإن هذا المال يقسم بين الحاجز والمحال له قسمة غرماء كما قلنا . فلو كان حق الحاجز مائتين ، والحوالة بثلاثمائة ، ولم يوجد عند المحال عليه للمحيل إلا أربعمائة ، أخذ الحاجز خمسى هذا المبلغ أى مائة وستين ، وأخذ المحال له ثلاثة الأخماس الباقية أى مائتين وأربعين (٢) .

٣٠٥ - التزام بين الدائنين الحاجز الأول والمحال له والدائنين

الحاجز الثانى: نفرض فى هذه الحالة أن الحاجز الأول أعلن حجزه قبل صيرورة الحوالة نافذة فى حقه ، ثم صارت الحوالة نافذة فى حق الغير ، ويعد

(١) أما إذا كان الحيز باطلاً ، بأن كان لم يعلن أو لم تعقبه دعوى بصحة الحيز ، فلا يمتد به ، وتكون الحوالة نافذة فى حق الحاجز (استئناف مختلط ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٠٦ ص ١٦) .

(٢) أما إذا كان الدائن الحاجز قد استلحق الحصول على حكم بصحة الحيز قبل إعلان الحوالة أو قبولها ، ولم يقع الإعلان أو القبول إلا بعد انقضاء خمسة عشر يوماً من يوم تقرير المحجوز لديه بما فى ذمته فى قلم كتاب المحكمة (٥٦١ م مرافعات) ، فإن الدائن الحاجز يكون فى هذه الحالة بمثابة محال له سابق ، ويتقدم على المحال له فى استيفاء حقه من الحق المحجوز عليه . ويفهم هذا الحكم من نص المادة ٥٦٧ مرافعات ، إذ تقتضى بأنه « يجب على المحجوز له به بعد خمسة عشر يوماً من تاريخ تقريره (بما فى ذمته) أن يدفع إلى الحاجز المبلغ الذى أقر به أو ما يفتى به بحق الحاجز ، وذلك متى كان حقه وقت الدفع ثابتاً بسند تنفيذى وكانت الإجراءات المنصوص عليها فى المادة ٤٧٤ قد روعيت . فإذا وقع حجز جديد بعد انقضاء الميعاد المذكور ، فلا يكون له أثر إلا فيما زاد على دين الحاجز الأول . وإذا تعدد المحجوزون مع عدم كفاية المبلغ لوفاء حقوقهم جميعاً ، وجب على المحجوز لديه إيداعه خزانة المحكمة لتقسيمه » (انظر فى هذه المسألة فى قانونى الفرنسى بوردى وسينيا فقرة ٨٥٨) .

ذلك أعلن الحاجز الثاني حجزه . فعندنا إذن حاجز متقدم ، ثم محال له ، ثم حاجز متأخر (١) .

لولم يوجد نص صريح في هذه المسألة ، لكان الحكم الذى يتفق مع القواعد العامة هو على الوجه الآتى : لا محل للاعتداد بالحجز المتأخر ، فإن الحجز الذى يتأخر عن الحوالة يكون باطلا لانعدام محله . ولا محل إذن للقول بمزاحة الحاجز الثانى للحاجز الأول باعتبار أن كلا منهما دائن حاجز ، فقبل القول بهذه المزاحة يجب أن يكون كل من الحجزين قد وقع صحيحاً . وهنا قد وقع الحجز الثانى باطلا ، فلا محل للقول بالتراحم بين حجز صحيح وحجز باطل . ويترتب على ذلك أنه يجب استبعاد الحاجز المتأخر إذا كانت الحوالة المتقدمة عليه حوالة بكل الحق ، ثم يقسم هذا الحق بين الحاجز المتقدم والمحال له قسمة غرماء ، كما فعلنا فى الحالة الثانية (٢) .

ولكن التقنين المدنى الجديد أراد أن يحتفظ بالحل الذى كان منصوباً عليه فى تقنين المرافعات السابق (٣) ، توجيهاً لاستقرار التعامل فى مسألة حسم التردد والاضطراب فيها بنص تشريعى فى العهد السابق . فتصت الفقرة الثانية من المادة ٣١٤ مدنى على أن « الدين يقسم بين الحاجز المتقدم والمحال له والحاجز المتأخر قسمة غرماء ، على أن يؤخذ من حصة الحاجز المتأخر ما يستكمل به المحال له قيمة الحوالة » .

فاذا فرضنا أن الحق الذى للمحيل فى ذمة المحال عليه هو تسعائة ، وكان حق الحاجز المتقدم ثلثائة ، وحق المحال له سبائة أى أن المحال له حول بحجزه

(١) وغنى من البيان أن الحوالة إذا تأخرت عن الحجز الثانى ، فتراسم الدائن الحاجز الأول والدائن الحاجز الثانى والمحال له بهذا الترتيب ، اعتبرت الحوالة بمثابة حيز ثالث ، وقسم الحق المحجوز على الجميع قسمة غرماء .

(٢) انظر فى هذا المعنى بلانيول وريبير وروهان ٧ فقرة ١١٣٠ ص ٥٢٤ — بلانيول وريبير وبولانجييه ٢ فقرة ١٧٢٩ — وقارن بودرى وسينيا فقرة ٨٦٠ ص ٨٩١ — ص ٨٩٢ .

(٣) الموجز للزلف فقرة ٥٢٧ ص ٥٤٧ — ص ٥٤٨ — المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التفسيرية ٣ ص ١٣٤ .

من الحق ، وحق الحاجز المتأخر ثلثائة ، فأننا أولاً نقسم الحق وقيمته تسعائة بين الثلاثة قسمة غرماء ، فينال الحاجز المتقدم ٢٢٥ ، والمحال له ٤٥٠ ، والحاجز المتأخر ٢٢٥ ، ثم تستكمل حصة المحال له إلى ٦٠٠ من حصة الحاجز المتأخر حتى يستوفى قيمة الحوالة كلها ، فنزل حصة الحاجز المتأخر إلى ٧٥. وتكون حصص الثلاثة نهائياً على الوجه الآتى : للحاجز المتقدم ٢٢٥ ، وللمحال له ٦٠٠ ، وللحاجز المتأخر ٧٥ .

والعلة في هذا الحكم المنصوص عليه أن المشرع أراد أن يجعل الحاجز المتأخر يزاحم الحاجز المتقدم إذ لا محل لتفضيل أحدهما على الآخر ، وأراد في الوقت ذاته ألا يأخذ الحاجز المتأخر شيئاً قبل أن يستوفى المحال له كل حقه لأن الحوالة المتقدمة تجب^١ الحجز المتأخر ، فأدى تطبيق هاتين الفكرتين معاً — مزاحمة الحاجز المتأخر للحاجز المتقدم وجب^٢ الحوالة المتقدمة للحجز المتأخر — إلى هذا الحل التشريعى . والخطأ في هذا الحل واضح ، فقد كان ينبىء ألا يزاحم الحاجز المتأخر وحجزه باطل الحاجز المتقدم وحجزه وحده هو الصحيح ، وكان الواجب أن المحال له وحده هو الذى يزاحم الحاجز المتقدم (١) .

(١) ولا يقال إن هذا الحل التشريعى يستقيم إذا كانت الحوالة بكل الحق ، فعجب^٣ الحوالة الحجز المتأخر ولا يأخذ الحاجز المتأخر شيئاً . فلا يزال الحاجز المتأخر — وحجزه باطل — يزاحم الحاجز المتقدم . وهذه المزاحمة غير الحقة من شأنها أن تنقص حصة الحاجز المتقدم من جهة ، وأن تزيد في حصة المحال له من جهة أخرى . ففى المثل الذى أوردناه ، لو كانت الحوالة بكل الحق أى بتسعائة ، فإن حصة الحاجز المتقدم حل أساس تراحم الدائنتين الثلاثة تكون ١٨٠ . وتحدد حصة كل من المحال له والحاجز المتأخر مبدئياً حل أساس هذا التراحم ، فتكون حصة المحال له ٤٥٠ ، وحصة الحاجز المتأخر ١٨٠ . ثم تستكمل حصة المحال له من حصة الحاجز المتأخر حتى يستوفى المحال له قيمة الحوالة ، فيستغرق ذلك حصة الحاجز المتأخر كلها دون أن يصل المحال له إلى استيفاء كل القيمة ، وتصبح حصة المحال له نهائياً ٧٢٠ ، ولا يأخذ الحاجز المتأخر شيئاً . هذا هو الحل التشريعى ، وهو لا يزال متحيفاً للعاجز المتقدم وعجائياً للمحال له ، إذ ينبىء بعد استبعاد الحاجز المتأخر لبطان حجزه ، ألا يزاحم الحاجز المتقدم غير المحال له . فيأخذ الحاجز المتقدم ٢٢٥ بدلا من ١٨٠ ، ويأخذ المحال له ٦٧٥ بدلا من ٧٢٠ .

وإذا كان ينبىء ألا يضار المحال له بالحجز المتأخر وهو حيز باطل ، فلا يزاحمه مع الحاجز المتقدم الحاجز المتأخر فنزل حصته إلى ٤٥٠ ، فإنه ينبىء أيضاً ألا يحيا المحال له بسبب هذا الحجز الباطل ، فيزاحم الحاجز المتأخر الحاجز المتقدم وينقص من حصته ما يضيفه إلى المحال له فترتفع هذه الحصة إلى ٧٢٠ . فالمحال له إذا نزلت حصته إلى ٥٤٠ يكون قد خسر دون حق =

ومهما يكن من أمر ، فإن هذا الحل التشريعي أقل عيباً من حل آخر ساد
 الفقه والقضاء في فرنسا (١) ، ويقضى بأن الحاجز المتقدم زواجه كل من المحال له
 والحاجز المتأخر كما في الحل الأول . ثم تحدد حصة المحال له على أساس ألا يزاحمه
 إلا الحاجز المتقدم إذ الحجز المتأخر لا يزاحم الحوالة المتقدمة ، وما يتبقى بعد
 ذلك يأخذه الحاجز المتأخر . فلو أن الحق الذي للمعيل في ذمة المحال عليه هو
 تسعائة حوله كله إلى محال له ، وتقدم الحوالة حجز بثلاثائة ، وتأخر عنها حجز
 بثلاثائة أخرى ، فإن حصة الحاجز المتقدم تحدد على أساس زواجه الدائنين الثلاثة ،
 فتكون ١٨٠ . ثم تحدد حصة المحال له على أساس زواجه مع الحاجز المتقدم
 وحده ، فتكون ٦٧٥ . وما يتبقى بعد ذلك يعطى للحاجز المتأخر ، فتكون حصته
 ٢٤٥ (٢) . ويجمع هذا الحل بين عيب الحل الأول بجعله الحجز المتأخر وهو باطل

سبب حجز باطل ، وإذا ارتفعت حصته إلى ٧٢٠ يكون قد كسب دون حق بسبب هذا الحجز الباطل .
 والواجب هو ألا يخسر ولا يكسب ، فتكون حصته ٦٧٥ ، لا تنزل إلى ٥٤٠ ، ولا ترتفع إلى ٧٢٠ .
 (١) هيك ٢ فقرة ٤٠١ — بودرى وسينيا فقرة ٨٦١ — كولان وكابيتان ٢ فقرة
 ٦٣٢ ص ٤٣٠ — س ٤٣١ — وانظر القضاء الفرنسي في بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة
 ١١٣٠ . ولم يتضمن التشريع الفرنسي حلاً تشريعياً لهذه المسألة ، كما تضمن التشريع المصري .
 (٢) وقد ينطق هذا الحل مع الحل الأول في النتائج النهائية ، إذا كان المحال له قد حول
 بحزم من الحق يستلزم أن يستوفيه بالرغم من مزاحمة الحاجز المتقدم له ، كما هو الأمر في المثل
 الذي فرضناه في إيضاح الحل الأول . وقد جاء في الموجز في هذا الصدد ما يأتي : « ويمكن أن
 تصور فرساً يتفق فيه الحلان — الحل المأخوذ به في فرنسا والحل الذي أخذ به المشرع المصري —
 في النتيجة العملية على ما بينهما من خلاف ، ويكفي في ذلك أن نجعل المحال له يستوفي كل حقه
 دون حاجة إلى أن يستكمل هذا الحق من نصيب الحاجز الثاني ، فيكون نصيب المحال له واحداً
 في الحلين ، ولما كان نصيب الحاجز الأول واحداً في الحلين أيضاً ، فيحدد نصيب الحاجز الثاني
 كذلك . ونوضح ذلك بمثال : نجعل في ذمة المدين سائة ، ونوقع حجزاً أولاً بمبلغ ثلثائة ، ثم
 حوالة بمبلغ ثلثائة ، ثم حجزاً ثانياً بمبلغ ثلثائة ، فالحل الفرنسي يقضى بأن المحال له يزاحم
 ولا يزاحم ، فيأخذ كل حقه وهو ثلثائة ، ثم يأخذ الحاجز الأول مائتين على اعتبار أن الثلاثة
 قسموا المبلغ فيما بينهم قسمة الغرما ، ويأخذ الحاجز الثاني الباقي وهو مائة . وهذه هي النتيجة
 التي يؤدي إليها الحل المصري ، فهو يقضى بإعطاء الحاجز الأول مائتين على اعتبار قسمة الغرما ،
 ثم يكل المائتين التين تصيبان المحال له من قسمة الغرما حتى يستوفي كل حقه فيأخذ ثلثائة ،
 ويأخذ الحاجز الثاني الباقي وهو مائة . هذا ويلاحظ أن المثال المتقدم هو الذي ينطبق على حرفية
 المادتين ٢٣/٩٥ من قانون المرافعات ، وقد جاء فيها : ثم أحال المدين أجنبياً بالزائد له
 عند المجهوز لديه ، فكأن المشرع المصري أراد الوصول إلى النتيجة العملية المأخوذة بها في فرنسا
 ولكن من طريق آخر » (الموجز المؤلف فقرة ٥٢٧ ص ٥٤٨ هامش رقم ١)

يزاحم الحجز المتقدم وهو وحده الحجز الصحيح ، وبين عيب آخر إذ يجعل للحجز المتأخر حصّة مع الحوالة المتقدمة وينبغي ألا يأخذ الحجاز المتأخر شيئاً حتى يستوفى المحال له كل حوالته (١) .

(١) وهناك حلول فقهية أخرى كثيرة لهذه المسألة المعروقة ، نذكر منها ما يأتي :

١ — نفرض أن الحق المحال به هو ٣٠٠ ، وقد توسطت الحوالة حيزين قيمة كل منهما ١٥٠ . فيقسم الحق المحال به بين الحاجز الأول والمحال له قسمة غرماء ، فيصيب الأول ١٠٠ ، ويصيب الثاني ٢٠٠ . ثم يقسم ما يصيب الحاجز الأول — وهو ١٠٠ — بينه وبين الحاجز الثاني قسمة غرماء ، فيصيب كلا منهما ٥٠ . وعيب هذا الحل أنه يجعل الحاجز الأول مسئولية تأخر الحاجز الثاني في الحجز ، ولا يجعل الحوالة المتقدمة تجب الحجز المتأخر .

٢ — يقسم المبلغ قسمة أول ، كما في الحل الأول ، بين الحاجز الأول والمحال له ، فيصيب الأول ١٠٠ ، ويصيب الثاني ٢٠٠ . ثم يقسم ، كما في الحل الأول أيضاً ، ما يصيب الحاجز الأول — وهو ١٠٠ — بينه وبين الحاجز الثاني فيقسم كلا منهما ٥٠ . ثم يرجع الحاجز الأول على المحال له بالتأمين التي نقصته من جراء مزاحمة الحاجز الثاني له ، فتكون الأنصبة في النهاية : ١٠٠ للحاجز الأول و ١٥٠ للمحال له و ٥٠ للحاجز الثاني . وعيب هذا الحل أنه يجعل المحال له مسئولية تأخر الحاجز الثاني في الحجز ، ثم لا يجعل الحوالة المتقدمة تجب الحجز المتأخر .

٣ — يقسم المبلغ بين الثلاثة جميعاً قسمة غرماء ، فيصيب الحاجز الأول ٧٥ ، ويصيب المحال له ١٥٠ ، ويصيب الحاجز الثاني ٧٥ . وعيب هذا الحل أنه يجعل الحاجز الثاني الباطل يزاحم الحجز الأول الصحيح ، ثم لا يجعل الحوالة المتقدمة تجب الحجز المتأخر .

(انظر في هذه الحلول المختلفة : أوبري ورو ه ققرة ٣٥٩ مكررة ص ١٥٨ هامش رقم ٤٤ — بردوي وسينيا ققرة ٨٥٩ — ققرة ٨٦١ — أنسيكلويدى دالوز ١ لفظ cession de créance ققرة ٧١٣ — ققرة ٧١٨ — الأستاذ أحمد نجيب الملّال في البيع ققرة ٦٤٩ — الموجز المؤلف ققرة ٥٢٧) .

الكتاب الثاني

حوالة الدين^(*)

(Cession de dette)

٣٠٦ — أطراف **حوالة الدين** : في حوالة الدين ، يتفق المدين مع أجنبي على أن يتحمل عنه الدين الذي في ذمته للدائن ، فيحل الأجنبي محل المدين في هذا الدين نفسه بجميع مقوماته وخصائصه وضماناته ودفعه . وقد رأينا في حوالة الحق أن الدائن هو الذي يتفق مع أجنبي على أن يحول له الحق الذي في ذمة المدين ، فيحل الأجنبي محل الدائن في هذا الحق نفسه .

وفي حوالة الدين يسمى المدين **محبلا** (cedant) ، لأنه يحيل على الأجنبي الدين الذي في ذمته . أما المحيل في حوالة الحق فهو الدائن .

(*) **مراجع** : سأل في نظرية الالتزام في مشروع التقنين المدني الألماني (فقرات ٨١ و ١٠٥ وما بعدها) — سأل في حوالة الدين (مقال في حويلات القانون التجاري سنة ١٨٩٠) — التقنين المدني الألماني مع التعليقات الجزء الأول من ٥٩٨ — ص ٦٢٣ — جودمي (Gandemet) بحث في حوالة الدين كاستغلاف خاص رسالة من ديجون سنة ١٨٩٨ — بنريه (Benrey) في حوالة الدين رسالة من جنيف سنة ١٩١٠ — الأستاذان شيرون (Chéron) ومحمد صادق فهيم في حوالة الدين في التشريعات الأوروبية وفي الشريعة الإسلامية (مقال في مجلة مصر المعاصرة سنة ١٩٣١ ص ٣٧ — ص ٦٦ و ص ١٣٧ — ص ١٩٠) — بودري وبارد ٣ فقرة ١٧٥٨ وما بعدها — بلاتيل وريير وردوان ٧ فقرة ١١٤١ وما بعدها — دي باج ٣ فقرة ٣٨٤ — فقرة ٣٨٨ — بلاتيل وريير وبولانجي ٢ فقرة ١٣١٢ — فقرة ١٣١٦ — كولان وكابيتان ودي لاموراندبير ٢ فقرة ٦٤٢ — فقرة ٦٤٦ — جوسران ٢ فقرة ٨٢٧ — فقرة ٨٣١ — أنسيكلويدى دالوز لفظ Cession de dette .

الأستاذ عبد الحى حجازي ٢ ص ٢٦٨ — ص ٢٨٨ — الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ٢٢٢ — فقرة ٢٢٩ (ص ٣٢٣ — ص ٣٢٩) — الموجز المؤلف فقرة ٥٢٨ فقرة ٥٢٢ (ص ٥٤٩ — ص ٥٥١) — الأستاذ أحمد حشمت أبو صيت فقرة ٧٤٠ — فقرة ٧٤٢ (ص ٥٦٠ — ص ٥٦٣) .

ويسمى الأجنبي محالاً عليه (cessionnaire) ، لأن المدين أجال عليه الدين .
والحال عليه في حوالة الحق هو المدين .

ويسمى الدائن محالاً (cedde) ، لأن المدين أحاله على الأجنبي . والحال —
أو المحال له — في حوالة الحق هو الأجنبي .

على أن التقنين المدني لم يستعمل من هذه المصطلحات في حوالة الدين
إلا المصطلح الخاص بالأجنبي الذي يتحمل الدين عن المدين الأصلي ، فأسماه
المحال عليه . واستبقى لكل من الدائن والمدين الأصلي اسميهما . فأطراف الحوالة
إذن هم المدين الأصلي والمحال عليه والدائن . ومن نتائج التقنين فيما فعل ، حتى
لا نتحرف عن نصوصه .

ويصح أن تم حوالة المدين — بل هذا هو الأصل فيها — باتفاق بين الدائن
والمحال عليه دون تدخل المدين الأصلي ، فيتفق الدائن مع أجنبي على أن يتحمل
هذا الأجنبي الدين عن المدين الأصلي ، وتبرأ ذمة المدين الأصلي دون حاجة
إلى رضاه . وسنعود إلى كل ذلك فيما يلي :

٣٠٧ — الأغراض المختلفة التي تنشأ بها حوالة الدين : وحوالة

الدين ، كما لحوالة الحق ، أغراض مختلفة تنشأ بها . ونذكر من هذه الأغراض
ما يأتي :

(١) يحدث كثيراً أن شخصاً يكون طرفاً في عقد ملزم للجانبين ، إيجار
أو وكالة أو مقالة أو عقد أو توريد أو غير ذلك ، ويكون في حاجة إلى أن
ينزل إلى الغير عن هذا العقد بما أكسبه من حقوق وما رتب في ذمته من
التزامات . يريد المؤجر مثلاً أن ينزل عن عقد الإيجار ، بعد أن باع العين
المؤجرة ، إلى المشتري ، فيقتضيه الأمر أن ينزل للمشتري عن حقوقه وعن
التزاماته الناشئة من عقد الإيجار . يتفق الوكيل مع آخر على أن يقوم بعقد
الوكالة نيابة عنه ، فيقتضيه الأمر أن ينزل له عن حقوقه والتزاماته الناشئة
من عقد الوكالة . وكذلك يريد المقاول أن ينزل عن عقد المقولة لمقاول من
الباطن بما له من حقوق وما عليه من التزامات . والمتعهد بالتوريد ينزل إلى مورد
من الباطن عن عقد التوريد بما أنشأه من حقوق والتزامات . في جميع هذه
الفروض يتيسر النزول عن الحقوق عن طريق حوالة الحق . وينبغي أن يتيسر

أيضاً النزول عن الالتزامات عن طريق حوالة الدين . فإذا لم يفتح باب حوالة الدين للوفاء بهذا الغرض ، كان هذا حجر عثرة في طريق مانتقضييه حاجات التعامل من مرونة (١) .

(٢) ومثل ذلك أيضاً أن تنتقل عين من شخص إلى آخر ويتصل بالعين التزام يجب أن ينتقل معها وفقاً لقواعد الخلافة الخاصة ، كما في المنزل المؤمن عليه من الحريق ينتقل من البائع إلى المشتري وتنتقل معه التزامات البائع نحو شركة التأمين . فيجب إذن أن تكون حوالة الدين مباحة منظمة حتى تيسر الوفاء بهذا الغرض .

(٣) وقد تتصل الالتزامات بمجموع من المال ، كمتجر أو حصّة في إرث ، فانتقال هذا المجموع من المال من شخص إلى آخر يقتضي أن تنتقل الالتزامات ، كما تنتقل الحقوق ، من المالك الأصلي إلى المالك الجديد . ولا يتيسر ذلك إلا عن طريق حوالة الدين ، فيجب أن تباح هذه الحوالة وأن تنظم (٢) .

(٤) وقد يتصل التزام بالعين أوثق الاتصال ، فيكون من المرغوب فيه أن ينتقل هذا الالتزام مع العين ، لا وفقاً لقواعد الخلف الخاص إذ هي ليست منطقية ، بل مطاوعة لاعتبارات عملية . والمثل البارز لذلك هو بيع العين المرهونة ، فإذا كان هناك عقار مرهون رهناً رهنياً ، وباعه صاحبه ، فإن العقار ينتقل إلى المشتري مثقلاً بحق الرهن ، ويصبح المشتري مسئولاً مسئولية عينية عن الدين المضمون بالرهن دون أن يكون مسئولاً مسئولية شخصية عن هذا الدين الذي لم ينتقل إليه . ويبقى بائع العقار هو المسئول شخصياً عن الدين ، مع أن العقار الضامن لهذا الدين قد خرج من ملكه . فيكون من المرغوب فيه أن ينتقل الدين أيضاً مع العقار المرهون من البائع إلى المشتري ، ولا يتيسر ذلك إلا عن طريق حوالة الدين . وقد أفرد التقنين المدني الجديد نصاً خاصاً ، هو المادة ٣٧٢ مدني ، لهذه المسألة لأهميتها العملية .

(١) بلانيول وبير ودوان ٧ ققرة ١١٤٧ مكررة — دي باج ٣ ققرة ٢٨٨ .

(٢) دي باج ٣ ققرة ٢٨٨ ص ٣٦٠ .

(٥) وقد يقع أخيراً أن المدين لا يجد عنده مالا يفي بدينه ، ويكون لدائته دائن . فيتفق مع دائته على أن يحل محله في الدين الذي في ذمته للدائن الدائن ، ويكون هذا الحل بمثابة وفاء لدينه هو نحو دائته . ولا يتيسر ذلك إلا عن طريق حوالة الدين . فإذا فرض مثلاً أن (ا) مدين بمائتين للدائن (ب) أخذها منه قرضاً ، وأن (ب) مدين بمائتين هو أيضاً للدائن (ج) التزم بها ثمناً لمبيع اشتراه منه ، فإن (ا) يستطيع أن يحصل ، عن طريق حوالة الدين ، بالدين الذي للدائن (ج) على (ب) ، وفاء للدين الذي في ذمته لدائته (ب) . وقد يقال إن (ب) يستطيع أن يحول حقه قبل (ا) إلى دائته (ج) ، فيحصل عن طريق حوالة الحق إلى ما يريد أن يصل إليه عن طريق حوالة الدين . ولكن حوالة الحق ، في هذا المثال ، غير حوالة الدين . فإن (ج) قد لا يرضى بتحويل مبلغ القرض إليه وفاء بضمن المبيع ، ورضى بأن يحل (ا) محل (ب) مدين بضمن المبيع ، إذ يحتفظ عن طريق حوالة الدين بامتياز البائع ولا يحتفظ بهذا الامتياز عن طريق حوالة الحق (١) .

٣٠٨ — حوالة الدين بنظام استمرارية التقنين المدني الجديد —

النظم الأخرى التي كانت تقوم مقامه : ولم يكن التقنين المدني السابق ، كما قدمنا ، يعرف حوالة الدين ، وكان لا يعرف إلا حوالة الحق ، شأنه في ذلك شأن التقنينات اللاتينية القديمة كالتقنين المدني الفرنسي .

وكان التقنين السابق ، كالتقنين الفرنسي ، يسد هذا النقص عن طريق التجديد بتغيير المدين ، وعن طريق الإنابة في الوفاء ، وعن طريق الاشتراط لمصلحة الغير . ولكن هذه الطرق ليس فيها غناء عن حوالة الدين ، فقد بينا الفروق الجوهرية ما بين حوالة الدين من جهة والتجديد بتغيير المدين (٢) والإنابة في الوفاء (٣) من جهة أخرى . أما الاشتراط لمصلحة الغير ، فبينه

(١) بلانول وديير وبولانيه ٢ فقرة ١٣١٤ — وانظر في أن حوالة الدين تهدر شخص المدين ولا تمتد إلا بالنسبة المادية للالتزام كولان وكايتان ٢ فقرة ٦٤٣ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٢٤٢ .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٢٤٣ .

هو أيضاً وبين حوالة الدين فروق جوهرية . وذلك أن المدين إذا اشترط على شخص آخر أن يني يدينه للدائن ، فيكسب الدائن من وراء هذا الاشتراط حقاً مباشراً قبل المتعهد أن يوفى له الدين ، فلا يزال المدين الأصلي ملزماً هو أيضاً بالدين ولم تبرأ ذمته منه ، بل انضم إليه مدين جديد بموجب الاشتراط لمصلحة الدائن . هذا إلى أن الدين نفسه ، بصفاته وضمائنه ودفعه ، لم ينتقل من مدين إلى مدين ، بل وجد إلى جانب الدين الأصلي دين جديد بصفات وضمائنه ودفعه مستقلة (١) .

وفيما عدا حالات خاصة نص عليها ، كحلول المشتري للعين المؤجرة محل المؤجر في التزاماته نحو المستأجر وكحلول المتنازل عن الإيجار محل المستأجر (٢) ، أوقامت بها نظريات قهوية كحلول الخلف الخاص محل السلف في الالتزامات

(١) بلانويول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٤٥ — دي بلج ٣ فقرة ٣٨٧ ص ٣٥٨ — الأستاذ عبد الحى حجازي ٣ ص ٢٧١ — ص ٢٧٣ — وقد جاء في الموجز في هذا المعنى ما يأتي : « ... فيتولد من هذا الاشتراط حق مباشر للدائن قبل المدين الجديد ، وبذلك يتحقق غرض من الغرضين اللذين تحققهما حوالة المدين . أما الغرض الآخر ، وهو برائة ذمة المدين القديم ، فلا يتحقق من وراء الاشتراط لمصلحة الدائن ، لأن المدين القديم يبقى ملتزماً قبل الدائن ما لم يبرئه الدائن باتفاق آخر . على أن الغرض الأول ، وهو التزام المدين الجديد مباشرة نحو الدائن ، لا يتحقق في الاشتراط لمصلحة الغير على النحو الذي يتحقق به في حوالة الدين . وذلك لأن حوالة الدين تنقل إلى ذمة المدين الجديد نفس الدين الذي كان في ذمة المدين القديم بتأميناته ودفعه كما قلنا . أما الاشتراط لمصلحة الغير فيوجد في ذمة المدين الجديد ديناً جديداً مستقلاً عن الدين القديم في التأمينات والدفع » (الموجز للمؤلف فقرة ٥٣٠) .

والحالات العملية التي كان الاشتراط لمصلحة الغير يستخدم فيها ليقوم مقام حوالة الدين كثيرة . منها حلول شركة محل أخرى عند التصفية ، فتصبح الشركة الأولى ملزمة نحو دائني الشركة الأخرى بموجب الاشتراط لمصلحتهم ، ولغولاء أن يرجعوا مباشرة على للشركة الأولى . وكذلك الأمر عندما تحمل شركة تأمين محل شركة تأمين أخرى . فيرجع المؤمن لهم عند الشركة الأخرى مباشرة على شركة التأمين الأولى . ويبيع المتجر يحمل دائنيه ، بموجب الاشتراط لمصلحتهم ، يرجعون مباشرة على مشترقيه . ويبيع العقار المرهون في دين يجعل الدائن المرتهن ، بفصل الاشتراط لمصلحته ، يرجع مباشرة بدين شخصي ، لا بالرهن فحسب ، على مشتري العقار (انظر في ذلك بلانويول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٤٦) .

(٢) انظر المادة ٢٨٩/٧٤ مدني سابق فيما يتعلق بحلول المشتري محل المؤجر ، والمادة ٣٦٨/٥١ مدني سابق فيما يتعلق بحلول المتنازل له عن الإيجار محل المستأجر .

المتعلقة بالعين التي انتقلت إليه (١)، فإن طريق حوالة الدين كان مسدوداً . وقد حاول كثير من الفقهاء في فرنسا أن يفتحوا هذا الطريق ، بالرغم من سكوت التشريع ، متوسلين في ذلك بمبدأ سلطان الإرادة ، فيجوز للنوى الشأن أن يتفقوا على حوالة الدين ويكون اتفاقهم ملزماً منتجاً لآثاره ما دام لا يخالف النظام العام أو الآداب (٢) ، ولكن محاولاتهم لم تحقق الغرض المنشود .

لذلك كان تنظيم التقنين المدني المصري الجديد لحوالة الدين تنظيماً تشريعياً خطوة موفقة سدت ثغرة كان من الضروري سدها من الناحية العملية . وقد استمد التقنين الجديد قواعد هذا التنظيم من التقنينات الجرمانية (٣) ومن الفقه

(١) وقد قرر التقنين المدني الجديد هذا الحكم في نص تشريعي هو المادة ١٤٦ .
(٢) وقد ذهب بودرى وبارد إلى إمكان الاتفاق على حوالة الدين في القانون الفرنسي ، فإن هذا القانون إذا كان لم ينظم حوالة الدين ، فهو يحكم مبدأ سلطان الإرادة لم يقفل الباب دونها . ولا ينبغي أن يحول التقنين دون تطور النظم القانونية واستكمال ما يكون ناقصاً في التقنين ، وهذا هو عمل الفقه . ثم يوردان مثل التقنين المدني النمساوي ، فإن هذا التقنين ، كالتقنين المدني الفرنسي ، لم ينظم حوالة الدين . ومع ذلك لم يمنع سكوته من هذا التنظيم من أن تكون حوالة الدين معمولاً بها في النمسا بالنظر الذي أقره التقنين المدني الألماني ذاته (بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٦٦ ص ٩٣ — ص ٩٤) . ويشير جوسران إلى كثير من النظم التي أدخلها العمل في القانون قبل أن يتولى المشرع تنظيمها ، كمعقود التأمين والمؤسسات وعقد النشر . فلا شيء يمنع إذن من إدخال نظام حوالة الدين ، أسوة بهذه النظم (جوسران ٢ فقرة ٨٣٠ ص ٤٤٩ — ص ٤٥٠ — وفقرة ٨٣١) . أنظر أيضاً في هذا المعنى : سالي في الالتزامات فقرة ٨٢ — وفي حوالة الدين ص ٣٩ — جوديه ص ٣٠٤ و ص ٥٣٨ — بلانويك وديبير ووردان ٧ فقرة ١١٤٧ — دي باج ٣ فقرة ٣٨٦ — أنسكيلويكي دالوز ١ لفظ *cession de dette* فقرة ٤٣ — فقرة ٤٧ — الموجز للمؤلف فقرة ٥٣٠ ص ٥٥١ .
على أنه قد لا يتيسر في بعض الحالات أن ينتقل ، بمجرد الاتفاق ودون حكم القانون ، الدين بصفة لصيقة به من المدين الأصل إلى مدين جديد . فالدين التجاري يصعب نقله بصفته التجارية إلى المدين الجديد ليكون من اختصاص القضاء التجاري ، فإن الاختصاص التوحي يختبر من النظام العام (أنظر في هذا المعنى الأستاذين شيرون وعبد صادق هبسي في المقال المنشور بمجلة مصر الممارسة سنة ١٩٣١ ص ٣٨) . كذلك إذا كان هناك حكم صادر ضد المدين الأصل ، فإنه يصعب ، في نقل الدين إلى المدين الجديد ، أن ينتقل معه الحكم ليكون نافذاً ضد هذا المدين الأخير .

(٣) رأينا فيما قبلناه (أنظر آنفاً فقرة ٢٣٩) أن التقنينات الجرمانية هي التي سارت في تطور الحوالة إلى نهاية الطريق ، فأقرت حوالة الدين إقرارها لحوالة الحق . وكان القانون —

— الروماني — ولم يكن يقر كما رأينا انتقال الالتزام من دائن إلى مدين أو من مدين إلى مدين — هو العقبة التي أعاقت وتماً طويلاً المضي في هذا التطور ، سواء في البلاد اللاتينية أو في البلاد الجرمانية . وكان التطور قد بلغ في البلاد اللاتينية حد إقرار حوالة الحق دون حوالة الدين . ثم ظهر التفتين المدنى الفرنسى فوقف من هذا التطور ، إذ نظم حوالة الحق دون أن ينظم حوالة الدين . وبقيت الضمينات اللاتينية التي اختبست من التفتين المدنى الفرنسى ، ومعها التفتين المدنى المصرى السابق ، يشوبها هذا النقص ، فهي مثله تنظم حوالة الحق دون حوالة الدين . أما في ألمانيا — ولم يظهر التفتين المدنى الألمانى إلا في آخر القرن التاسع عشر ومستهل القرن العشرين — فقد استمرت حركة التطور طوال القرن التاسع عشر . وإذا كان قد قاومها في بداية الأمر الفقهاء الألمان الذين يشايحون القانون الرومانى ، من أمثال ميلها نبريك (Mulhenbrich) وسافنى ، فإنها ما لبثت ، منذ النصف الثانى من القرن التاسع عشر ، أن تقلبت على هذه العقبة التي أقامها مباعى القانون الرومانى دون إقرار حوالة الدين . وقد تماقبت على هذا العمل الفقهاء عدة من الفقهاء الألمان المعروفين :

ليبدأ دلبريك (Delbrück) ، الأستاذ بجامعة برلين ، بنشر كتاب في سنة ١٨٥٣ حاول فيه أن يوفق بين الفكرة الرومانية وإسكان الحوالة . فيز بين الالتزام ، حقاً كان أو ديناً ، وهو رابطة شخصية لا يمكن أن تنتقل من شخص إلى آخر وهذا ما عناه القانون الرومانى ، وبين ما ينتج عن الالتزام من قيم مادية (produits économiques) ، فهذه من ناحيتها الإيجابية والسلبية يمكن أن تنتقل من ذمة مالية إلى ذمة مالية أخرى . وقد أحدثت نظرية دلبريك حركة نقابية قوية في ألمانيا ، وامترض الفقهاء على التمييز الذى يقول به فلا فرق بين الالتزام وبين قيمته المادية ، ولكنهم انقسموا فيما إذا كان الالتزام قابلاً للانتقال أو غير قابل قابل ، وإذا كان قابلاً فبأي أداة ينتقل .

وجاء كينتز (Kuntze) بعد دلبريك ، ولكنه ظل أميناً على تقاليد القانون الرومانى . فلم يجوز نقل الدين ، ولكنه سلم بأن الدائن يستطيع أن يوجد مديناً آخر إلى جانب مدينه الأول كما في الإنابة ، أو يقضى الدين الأول ويحل محله ديناً جديداً كما في التصديد .

ثم لجأ بير (Bähr) إلى نظرية الاشتراط لمصلحة الغير ، فى الاتفاق ما بين المدين الأصل والخال عليه بشرط الأول على الثانى لمصلحة الدائن أن يؤدى له الدين ، فينشأ لدائن من هذا الاشتراط حق مباشر في ذمة الخال عليه ، ولكن ييب المدين الأصل بالإضافة إلى الخال عليه ملتزماً نحو الدائن .

وذهب فقهاء ثلاثة — ساليبس (Salpius) وجاريس (Garcis) ومنزل (Menzel) — إلى أن القانون الرومانى لا يستصمى على حوالة الدين ، وتصوروا هذه الحوالة على النحو الآتى : يقدم المدين الأصل والخال عليه إيجاباً مشتركاً إلى الدائن ، فإن قبله الدائن أصبح الخال عليه هو المدين مكان المدين الأصل ، وبرت ذمة المدين الأصل . على أن أول هؤلاء الفقهاء — ساليبس — يجعل الحوالة تتم باتفاق بين الدائن والخال عليه .

أما وندشايد (Windcheid) فقد عارض القانون الرومانى صراحة ، وقال إن الالتزام قد تطور منذ عهد الرومان ، وأصبح المختبر فيه هو القيمة المادية لا الرابطة الشخصية ، وبذلك نقضى التقاليد الجرمانية مناقضة في ذلك التقاليد الرومانية . ومن ثم يجوز أن ينتقل الالتزام ، باعتباره قيمة مادية ، من ذمتلين إلى ذمة ملين آخر باتفاق بين المديتين . ولما كان الخال عليه =

الإسلامي (١). ونقول المذكورة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « استحدث المشروع فى هذا الفصل نظاماً جديداً هو نظام حوالة الدين . ويراعى أن هذا النظام إسلامى بحت ، وإن كان له نظير فى التشريعات الجرمانية . وغنى عن البيان أن نفعه من الناحية العملية يقتضى إقراره فى نطاق التشريع (٢) » .

٣٠٩ — أركان حوالة الدين والاستثمار التى ترتب عليها : ونبحث

فى حوالة الدين ، كما نبشئنا فى حوالة الحق ، أركان الحوالة والآثار التى ترتب عليها .

« إنما يتصرف فى مال مملوك للغير — أى للدائن — فقد وجب أن يقرّ الدائن هذا التصرف ، فإذا ما أقره أصبح سارياً فى حقه بأثر وجبى من وقت اتفاق المدينين لا من وقت إقراره .
وظهر للتقنين المدف الألمانى فى أعقاب هذه الحركة الفقهية ، فأقر حوالة الدين إقراره لحوالة الحق كما قلنا ، وصاغ لها الأداة الفنية اللازمة . وقد أخذ بنظرية ونشأيد ونظرية دلبريك فى صورة الحوالة التى تم باتفاق ما بين المدين الأصل والمحال عليه ، وبنظرية سالييس فى صورة الحوالة التى تم باتفاق بين الدائن والمحال عليه .

(أنظر فى كل ذلك : التعليقات على التقنين المدف الألمانى ١٤٤ ص ٥٩٨ — ص ٥٩٩ — بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٦٢ — ص ٨٣ — ص ٨٦ — مقال الأستاذين شيرون ومحمد صادق فهسى فى مجلة مصر المعاصرة سنة ١٩٣١ ص ٤٣ — ص ٥١ — بلانيرول وريير وبولانجييه ٢ فقرة ١٣١٥ .

هذا ويعرف التقنين المدف الألمانى طرقاً خاصة لإحلال مدين جديد محل مدين قديم أو لإقامة مدين آخر إلى جانب المدين الأول . (١) الإجابة وفيها يقوم مدين آخر إلى جانب المدين الأول . (٢) التمهيد بالوفاء ، وفيه يتمهد شخص للمدين الأصل أن يؤدى الدين عنه الدائن ، ويقتصر أثر هذا التمهيد على العلاقة فيما بين الاثنين ، لا يجاوزها إلى الدائن . (٣) التمهيد بالوفاء مع الاشتراط لمصلحة الدائن ، ويزيد على سابقة بأن يكون هناك اشتراط لمصلحة الدائن ، فينشئ التمهيد حقاً مباشراً للدائن يستطيع بموجبه أن يرجع مباشرة على التمهيد . (٤) حوالة الدين باتفاق يتم بين الدائن والمحال عليه . (٥) حوالة الدين باتفاق يتم بين المدين الأصل والمحال عليه ، ويتوقف نفاذه فى حق الدائن على إقراره . أنظر فى ذلك التعليقات على التقنين المدف الألمانى ١٤٤ م ١ ص ٦٠٠ — ص ٦٠٢ .

(١) أنظر فى الفقه الإسلامى ما قدسناه آنفاً فقرة ٢٤٠ — وقد رأينا أن الفقه الإسلامى لا يسلم بحوالة الدين بمنهاها الفتيق ، خلافاً لما يقال عادة ، ولا يسلم بحوالة الحق إلا فى المنهج المالكى وفى حدود معينة . على أن الفقه الإسلامى ، فى قواعده التفصيلية ، يصلح للإقتباس منه فى بعض أحكام حوالة الدين . وقد أمكن محوررة فى التقنين المدف المراق ، فأقر هذا التقنين حوالة الدين بالمضى المفهوم فى التقنينات الجرمانية .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٣٦ .

الفصل الأول

أركان حوالة الدين

٣١٠ - أركانه حوالة الدين هي أركانها الثلاثة بوجه عام :

حوالة الدين اتفاق بين طرفين على تحويل الدين من ذمة المدين الأصلي إلى ذمة مدين جديد يحل محله . فأركان هذه الحوالة ، كأركان حوالة الحق ، هي أركان أى اتفاق (convention) يتم بين طرفين . ومن ثم تكون هذه الأركان هي التراضي والمحل والسبب .

ولا بد أن يصدر التراضي من ذى أهلية ، خالياً من عيوب الإرادة من غلط وتدليس وإكراه واستغلال .

كذلك يجب أن تتوافر في المحل شرائطة العامة ، ومحل حوالة الدين هو الدين الذى يحول من ذمة المدين الأصلي إلى ذمة المدين الجديد . وترد حوالة الدين على جميع الديون ، لا فرق في ذلك بين ما يكون منها مؤجلاً أو معلقاً على شرط أو مستقبلاً . وهى تنعقد صحيحة في الدين المستقبل ، ولكنها لا تنفذ إلا بوجود الدين (١) .

وللسبب في حوالة الدين هو الباعث الذى دفع إلى عقدها ، ويختلف باختلاف الأغراض المتنوعة التى تنى حوالة الدين بها ، وقد سبق بيان ذلك . وفى القوانين الجرمانية تعتبر حوالة الدين ، كحوالة الحق ، مصدرراً لالتزام مجرد .

(١) المذكرة الإيضاحية المشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٥٨ . وتوجد حالات يكون فيها الدين غير قابل للحوالة . ومن هذه الحالات ما نصت عليه المادة ٧٢١ مدنى من إنه « ليس المودع عنه أن يحل غيره محله في حفظ الوديعة دون إذن صريح من المودع ، إلا أن يكون مضطراً إلى ذلك بسبب ضرورة ملحة عاجلة » . كذلك المدين في عقد روعيت فيه شخصيته ، كالزراعة وشركة الأشخاص ، لا تجوز له حوالة دينه بغير رضاه الدائن .

فنجعل في كل ذلك إل القواعد العامة المتعلقة بنظرية العقد. ونكتفي هنا
ببحث الصورتين اللتين تم في أحدهما حوالة الدين :

الصورة الأولى : اتفاق بين المدين الأصلي والمحال عليه ، وبقر الدائن هذا
الاتفاق ليكون نافذاً في حقه .

والصورة الثانية : اتفاق بين الدائن والمحال عليه ، دون تدخل المدين
الأصلي بل ودون حاجة إلى رضائه. وهذه الصورة أكثر تمشياً مع إرادة الدائن ،
إذا الدائن فيها يتدخل مباشرة لإبرام الحوالة ، ولا يقتصر على إقرارها كما
في الصورة الأولى .

الفرع الأول

اتفاق المدين الأصلي والمحال عليه

٣١١ - انعقاد حوالة الدين ونفاذها في حق المدين : في الصورة

التي تم فيها حوالة الدين باتفاق بين المدين الأصلي والمحال عليه يجب التمييز
بين أمرين : (١) انعقاد الحوالة ، وتنعقد بمجرد الاتفاق بين المدين الأصلي
والمحال عليه . (٢) ونفاذها في حق الدائن ، ولا تنفذ في حقه إلا إذا أقرها .

المبحث الأول

انعقاد حوالة الدين

٣١٢ - النصوص القانونية : تنص المادة ٣١٥ من القانون المدني

على ما يأتي :

« تم حوالة الدين باتفاق بين المدين وشخص آخر يتحمل عنه الدين » (١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٤٤٤ من المشروع التمهيدى كفقرة أولى تليها

فقرة ثانية على الوجه الآتي : « ولا تكون الحوالة نافذة في حق الدائن إلا إذا أقرها » . وفي -
(م ٣٦ - الوسيط)

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، إذ لم ينظم هذا التقنين حوالة الدين .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٣١٥ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٣٠٢ - وفي التقنين المدني العراقي المواد ٣٣٩ و ١/٣٤٠ و ٣٤٢ - ٣٤٥ ، وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٢٨٧/١ و (١) .

= لجنة المراجعة نقلت هذه الفقرة الثانية لتكون الفقرة الأولى من المادة التالية لأن هذا هو المكان المناسب ، وأصبح نص المادة النهائي مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وصار رتبها ٣٢٧ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٣١٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٣٦ - ص ١٣٨) .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري ٣١٥م (مطابقة لمادة ٣١٥ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني الليبي م ٣٠٢ (مطابقة لمادة ٣١٥ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٣٣٩ : ١ - حوالة الدين هي نقل الدين والمطالبة من ذمة المهيمل إلى ذمة المحال عليه . ٢ - وتكون مطلقة إذا أحال المدين دينه غريمه على المحال عليه . حوالة غير مقيدة بأدائه من الدين الذي للمهيمل في ذمة المحال عليه ، أو من الدين التي له عنده ودعوى أو مقصورة ، أو أحال على شخص ليس له فيه عليه أو عنده . ٣ - وتكون مقيدة إذا أحال المدين دينه من غريمه على المحال عليه . حوالة مقيدة بأدائه الدين الذي للمهيمل في ذمة المحال عليه ، أو من الدين التي له عنده أمانة أو مقصورة .

م ١/٣٤٠ : الحوالة التي تمت بين المهيمل والمحال عليه تتمتع بموقوفة على قبول المحال له .

م ٣٤٢ : يشترط لصحة الحوالة أن يكون المهيمل ملتزماً للمحال له ، وإلا فهي وكالة .

م ٣٤٣ : كل دين تصح به الكفالة تصح به الحوالة ، بشرط أن يكون معلوماً .

م ٣٤٤ : تصح إسالة المستحق في الوقت غريمه حوالة مقيدة باستحقاقه على متولى الوقت ، إذا كانت غلة الوقت متحصلة في يده وقبل الحوالة . ولا تصح الحوالة بالاستحقاق إذا لم تكن الغلة متحصلة في يد المتولى .

م ٣٤٥ : قبول الأب أو الوصي الحوالة على الغير جائز إن كان فيه خير للصغير ، بأن يكون المحال عليه أملاً من المهيمل ، وغير جائز إن كان مقارباً أو مساوياً له في اليسار .

ونصوص التقنين العراقي مأخوذة بوجه عام من الفقه الإسلامي ، لا سيما المذهب الحنفي ، مع تعديل يحمل حوالة الدين في التقنين العراقي حوالة دين بالمضى المفهوم في التقنينات الألمانية ، إذ حوالة الدين في المذهب الحنفي ، كما قلنا ، أقرب إلى أن تكون صورة خاصة من الكفالة . وأول تعديل هام هو ما قرره الفقرة الأولى من المادة ٣٣٩ من أن حوالة الدين هي نقل الدين -

ويتبين من هذا النص أن حوالة الدين تتم باتفاق بين المدين والمحال عليه ، أى بين المدين الأصلي والمدين الجديد . أما رضا الدائن فليس بضرورى لانقاد الحوالة ، وإن كان ضرورياً لنفاذها فى حقه كما سنرى .

٣١٣ — انعقاد الحوالة بالاتفاق بين المدين الأصلي والمحال عليه :

يكفى فى انعقاد حوالة الدين أن يتفق المدين الأصلي مع المدين الجديد وهو المحال عليه على نقل الدين من ذمة الأول إلى ذمة الثانى . وهذا الاتفاق ، ككل اتفاق آخر ، يقتضى وجود التراضى والمحل والسبب ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك . والأهلية الواجبة فى المدين الأصلي هى أهلية التعاقد بوجه عام ، أما أهلية المحال عليه فهى أهلية الالتزام معاوضة أو تبرعاً تبعاً للعلاقة التى تقوم بينه وبين المدين الأصلي .

= والمطالبة من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه ، وهذه مسألة تختلف فيها فى الملعب الحنفى ، ونقل الدين والمطالبة مما هو الذى يلازم حوالة الدين بمعناها الصحيح . ثم إن انعقاد الحوالة موقوفة على قبول المحال له (م ١/٣٤٠ هـ) واشترط أن يكون المحيل مدينًا للمحال له (م ٣٤٢ هـ) عراقى) يتفق مع أحكام التفتين المصرى . وما ورد غير ذلك من أحكام خاصة بالفقه الإسلامى ، من تقسيم الحوالة إلى مطلقة ومقيدة (م ٢/٣٣٩ و ٣ هـ) ، ومن أن كل دين تصح به الكفالة تصح به الحوالة (م ٣٤٣ هـ) ، فهى لا تتعارض مع أحكام التفتين المصرى . بقيت الإحالة على متولى الوقت (م ٣٤٤ هـ) وقبول الولى أو الوصى الحوالة نائباً عن المحجور (م ٣٤٥ هـ) ، فهذه هى أحكام الفقه الإسلامى فى موضوعين لصيقين به — الوقف والولاية — ولا مانع من نقلهما عن هذا الفقه فى نصوص مأخوذة عنه فى مجموعها ، وهى على كل حال لا تتعارض مع أحكام التفتين المصرى : انظر الدكتور حسن الدنون فى أحكام الالتزام فى القانون المدنى المرقى فقرة ٢٢٤ و فقرة ٢٢٧ — فقرة ٢٢٩) .

تفتين الموجبات والعقود البنائى م ٢٨٧/٢ و ١ : ١ — انتقال دين المدينون يحصل إما بالاتفاق بين الدائنين ومن يأخذ الدين على عاتقه ، وإما بالاتفاق بين هذا والمدينون . ٢ — وفى الحالة الثانية يبقى مفعول الاتفاق موقوفاً على إجازة الدائن ، ويستطيع المتعاقدان ، مادامت الإجازة لم تنط — أن يعدلا اتفاقهما أو يلغياه .

ويبدو أن هذه الأحكام تتفق مع أحكام التفتين المصرى ، إلا أن التعبير بأن مفعول الاتفاق يبقى موقوفاً على إجازة الدائن يتعارض مع إنتاج الاتفاق لآثار قانونية إذا لم يحزمه الدائن (انظر الدكتور صبحى محمصانى فى انتقال الالتزام فى القانون المدنى البنائى ص ٤٢ — ص ٥٠ — وانظر ما يلى فقرة ٣٤٢ فى المامش) .

ومتى تم الاتفاق بين المدين الأصلي والمحال عليه ، فقد انعقدت الحوالة .
وسرى أن المحال عليه يصبح ملتزماً بهذا الاتفاق ، فلا يجوز له الرجوع فيه
إلا باتفاق آخر بينه وبين المدين الأصلي ، بشرط أن يتم هذا الاتفاق الآخر قبل
أن يقر الدائن الحوالة . وقد ورد هذا الحكم صراحة في التقنين المدني الألماني ،
إذ نصت المادة ٤١٥ من هذا التقنين على أنه « يجوز للطرفين تعديل الاتفاق
أو إلغاؤه إلى حين إقرار الحوالة (١) » .

وسرى أيضاً أن الاتفاق بين المدين الأصلي والمحال عليه على حوالة الدين
يرتب في ذمة المحال عليه التزامات شخصية نحو المدين الأصلي ، وهو في الوقت
ذاته ينقل الدين — في العلاقة ما بين المدين الأصلي والمحال عليه — من ذمة
الأول إلى ذمة الثاني (٢) . أما نقل الدين بالنسبة إلى الدائن فلا يتم إلا باقرار
الدائن للحوالة كما سيأتي .

وهذه آثار بعيدة المدى . ولم يكن الاتفاق على حوالة الدين ما بين المدين
الأصلي والمحال عليه يصل إلى هذا الحد في مبدأ تطور الحوالة في القوانين
الجرمانية . فقد كان هذا الاتفاق في البداية أثره مقصور على تعهد من قبل
المحال عليه للمدين الأصلي بأداء الدين للدائن ، فلم يكن يكسب الدائن أى حق .

(١) وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدني الجديد يشتمل على نص ، هو المادة ٤٤٩
من هذا المشروع ، يجرى على الوجه الآتى : « يجوز لطرف الحوالة ، إلى أن يصدر إقرار
الدائن ، أن يبدلها أو أن يبدلها عنها » . وقد حذف هذا النص في لجنة المراجعة لأنه « مجرد
تطبيق لقواعد العامة » (مجموعة الأعمال التفسيرية ٣ ص ١٤٤ في الهامش) .

(٢) وقد جاء في التعليقات على التقنين المدني الألماني أن الاتفاق بين المدين الأصلي والمحال
عليه ينتج أثرين ، أحدهما شخصي والآخر حقي . فهو كاتفاق منتهي لروابط شخصية يرتب
التزامات بين المدين الأصلي والمحال عليه تصل من المدى إلى ما يبلغه التعهد بتأدية الدين المنصوص
عليه في المادة ٣٢٩ من التقنين المدني الألماني ، وبخاصة يرتب التزاماً في ذمة المحال عليه أن
يؤدي الدين بدلا من المدين الأصلي ، فيضمن لهذا أية مطالبة يوجهها إليه الدائن ولكن دون
أن يلتزم بالمحصل على إبراء ذمة المدين الأصلي قبل حلول الدين . أما الأثر العيني فهو انتقال
الدين من ذمة المدين الأصلي إلى ذمة المحال عليه . والاتفاق — من حيث أنه ناقل للدين — لا من
حيث أنه منتهى لالتزامات شخصية — هو عقد مجرد ، ويكون صحيحاً بقطع النظر عن سببه ،
على غرار حوالة الحق تطبيقاً للمادة ٤١٣ من التقنين المدني الألماني (التعليقات على التقنين المدني
الألماني ١ ص ٦٠٦ — ص ٦٠٧) .

ثم تطور بعد ذلك ، فأصبح اتفاقاً يكسب الدائن حقاً في أن يستوفى الدين من المحال عليه ، مع بقاء المدين الأصلي مديناً إلى جانب المحال عليه . وفي آخر مراحل التطور أصبح هذا الاتفاق ناقلاً للدين فيما بين المدين الأصلي والمحال عليه ، فإذا ما أقره الدائن انتقل الدين أيضاً بالنسبة إلى هذا الأخير ولم يعد للدائن إلا مدين واحد هو المحال عليه وقد حل محل المدين الأصلي (١) .

٣١٤ - **نزع المدين عن الدائن على كل حال :** على أن حوالة الدين ، وهي نقل مديناً جديداً محل المدين الأصلي ، لا يمكن تصورها دون

(١) وقد اتفق التقنين المدني المصري الجديد أثر التقنين المدني الألماني في هذا التصور الفني : أنظر المادة ١٥٠ من التقنين المدني الألماني .

أما في تقنين الالتزامات السويسري ، فحوالة الدين لا تتم إلا على مرحلتين : (المرحلة الأولى) يتم فيها اتفاق بين المدين الأصل والمحال عليه ، يتعهد بموجب هذا الأخير نحو المدين الأصلي بأن يتحمل بالدين ، إما بوفائه للدائن وإما بالاتفاق مع الدائن على أن يلتزم هو به نحوه . (المرحلة الثانية) يقوم فيها المحال عليه بتنفيذ التزامه بموجب الاتفاق الأول ، فيمقد اتفاقاً آخر مع الدائن ، وهذا الاتفاق الآخر هو الذي ينتقل الدين من ذمة المدين الأصلي إلى المحال عليه . ولا ينتقل الدين إلا من وقت تمام الاتفاق الثاني ، أما في التقنين الألماني والمصري فينتقل الدين من وقت الاتفاق بين المدين الأصلي والمحال عليه إذا أقر الدائن هذا الاتفاق لأن لإقراره أثراً رجعياً . ويترتب على ذلك أن المحال عليه ، في تقنين الالتزامات السويسري ، إذا فقد الأهلية بعد إتمامه الاتفاق الأول وقبل إبرامه الاتفاق الثاني ، لا يستطيع أن ينفذ الاتفاق الثاني ، فإن الدين لا ينتقل ، ولكن يبقى الاتفاق الأول ملزماً للمحال عليه .

وهذا ما تنص عليه المادتان ١٢٥ و ١٢٦ من تقنين الالتزامات السويسري . فقه نصت المادة ١٢٥ على أن « يتعهد الذي يصدر من المحال عليه للمدين بأن يتحمل بالدين يلتزم المحال عليه أن يبرئ ذمة المدين ، إما بوفائه للدائن ، وإما بنقله الدين إلى ذمة برضاء الدائن » . ونصت المادة ١٢٦ على أن « الحلول محل المدين الأصلي أو إبراء ذمته يتم باتفاق بين المحال عليه والدائن . ويصح استخلاص الإيجاب لأبرام هذا الاتفاق من تبليغ يصدر للدائن من المحال عليه أو من المدين الأصلي بترخيص من المحال عليه ، بما تم من اتفاق بين هذين الأخيرين . ويجوز أن يكون قبول الدائن لهذا الإيجاب صريحاً أو ضمنياً يستخلص من الظروف . ويكون القبول ضمنياً إذا قبل الدائن دون تحفظ الوفاء من المحال عليه ، أو قبل منه أي عمل آخر يقوم به باعتباره مديناً » .

وأنظر في ذلك مقال الأستاذين شيرون ومحمد صادق فهيم في مجلة مصر المعاصرة سنة ١٩٣١ .

تدخل الدائن ، إما لانعقادها بالذات ، وإما في القليل لنفاذها في حقه . ذلك أن تغير المدين في حوالة الدين له شأن أخطر بكثير من تغير الدائن في حوالة الحق . وإذا كان تغير الدائن على المدين ليس بأمر ذى خطر ، فإن تغير المدين على الدائن أمر بالغ الخطورة . إذ العبرة في الالتزام بشخص المدين لا بشخص الدائن ، فالمدين هو الذى يحدد قيمة الالتزام من الناحية العملية ، وتتوقف هذه القيمة على ملاءته وعلى ما يبدیه من يسر في الوفاء أو مماطلة ، فلا بد إذن من رضاء الدائن بتغير مدينه .

ومن ثم كانت الصورة الأولى من صورتى حوالة الدين في التقنين المدنى الألمانى هى الصورة التى تم فيها الحوالة باتفاق بين الدائن نفسه والمحال عليه (م ١٤ مدنى ألمانى) ، دون حاجة إلى رضاء المدين الأصلى إذ حوالة الدين تتممخص لمصلحته ، فيكون رضاء الدائن ضرورياً في هذه الصورة لانعقاد الحوالة لا لنفاذها في حقه فحسب . ولكن التقنين المدنى المصرى الجديد قدم الصورة الثانية التى تم فيها الحوالة باتفاق بين المدين الأصلى والمحال عليه — وهى الصورة التى نحن بصدها — على الصورة الأولى التى كانت أولى بالتقديم ، مراعاة للتنسيق بين حوالة الدين وحوالة الحق . فحوالة الحق تم باتفاق بين الدائن الأصلى والدائن الجديد ، وكذلك حوالة الدين تم هى أيضاً باتفاق بين المدين الأصلى والمدين الجديد (١) .

٣١٥ — مركز المدين الأصلى من كل من الدائن والمحال عليه :

وحوالة الدين — في كل من صورتها — تفترض أن هناك ديناً في ذمة المدين الأصلى للدائن هو الذى جعل محلاً للحوالة ، وبدون هذا الدين لا تقوم الحوالة إذ ينعدم محلها . فإذا أحال شخص آخر ، دون أن يكون مدينأ له ، ليقبض دينأ من شخص ثالث ، فهذه ليست حوالة ، بل هى وكالة ، إذ يكون المحيل

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا المعنى : « تعرض أول صورة من صور حوالة الدين حيث يتم التعاقد مباشرة بين المدين الأصلى والمحال عليه ، وهو من يتحمل الدين . وفي هذه الحالة يعمد المدين إلى التصرف في مركزه بوصفه هذا ، فإنه شأن الدائن عند التصرف في مركزه من طريق حوالة حقه » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٣٧) .

قد وكل المحال له في قبض الدين . وهذا ما يقرره التقنين المدني العراقي صراحة ،
إذ تنص المادة ٣٤٢ من هذا التقنين على أنه « يشترط لصحة الحوالة أن يكون
المحيل مدينياً للمحال له ، وإلا فهي وكالة » .

أما مركز المدين الأصلي بالنسبة إلى المحال عليه ، فليس من الضروري أن
يكون الثاني مدينياً للأول . فإذا لم يكن مدينياً ، أو كان مدينياً ولم يقيد المحيل
الحوالة بهذا الدين ، فالحوالة تعتبر في الفقه الإسلامي حوالة مطلقة . وإذا كان
مدينياً وقيد المحيل الحوالة بالدين ، فهي حوالة مقيدة (١) .

المبحث الثاني

نفاذ الحوالة في حق الدائن

٣١٦ — **المصوص القانونية:** تنص المادة ٣١٦ من التقنين المدني
على ما يأتي :

« ١ — لا تكون حوالة نافذة في حق الدائن إلا إذا أقرها » .

« ٢ — وإذا قام المحال عليه أو المدين الأصلي بإعلان الحوالة إلى الدائن ،
وعين له أجلاً معقولاً ليقر الحوالة ، ثم انقضى الأجل دون أن يصدر الإقرار ،
اعتبر سكوت الدائن رفضاً للحوالة » .

وتنص المادة ٣٢٢ على ما يأتي :

« ١ — لا يستتبع بيع العقار المرهون رهناً رسمياً انتقال الدين المضمون
بالرهن إلى ذمة المشتري ، إلا إذا كان هناك اتفاق على ذلك » .

(١) أنظر المادة ٢/٣٢٩ و ٣ من التقنين المدني العراقي ، وقد تقدم ذكر لنص (أنظر
أنفاً فقرة ٣١٢ في الملمس) .

٢ - فاذا اتفق البائع والمشتري على حوالة الدين ، وسجل عقد البيع ، تعين على الدائن متى أعلن رهنياً بالحوالة أن يقرها أو يرفضها في ميعاد لا يتجاوز ستة أشهر ، فاذا انقضى هذا الميعاد دون أن يبت برأى اعتبر سكوته إقراراً (١) .

(١) تاريخ التصوص :

م ٣١٦ : ورد هذا النص في فصوص عدة من المشروع التمهيدى : (١) في الفقرة الثانية من المادة ٤٤٤ من هذا المشروع ، وكانت تجرى على الوجه الآتى : « ولا تكون الحوالة نافذة في حق الدائن إلا إذا أقرها » . (٢) وفي الفقرة الثانية من المادة ٤٤٦ من المشروع ، وكانت تجرى على الوجه الآتى : « على أنه لا يجوز للدائن أن يرفض الإقرار إذا كان حقه بعد الحوالة مكفول الوفاء » . (٣) وفي المادة ٤٤٧ من المشروع ، وكانت تجرى على الوجه الآتى : « إذا قام المحال عليه أو المدين الأصل بإعلان الحوالة للدائن ، وحل له أجل معقولا ليقر الحوالة ، ثم انقضى الأجل دون أن يصدر الإقرار ، اعتبر سكوت الدائن رفضاً للحوالة » — وفي لجنة المراجعة أدمجت هذه النصوص كلها في مادة واحدة من فقرتين على الوجه الآتى : « (١) لا تكون الحوالة نافذة في حق الدائن إلا إذا أقرها . على أنه لا يجوز للدائن دون مبرر أن يرفض الإقرار إذا كان حقه بعد الحوالة مكفول الوفاء . (٢) وإذا قام المحال عليه أو المدين الأصل بإعلان الحوالة إلى الدائن ، وعين له أجلا معقولا ليقر الحوالة ، ثم انقضى الأجل دون أن يصدر الإقرار ، اعتبر سكوت الدائن رفضاً للحوالة » . وأصبحت المادة رقمها ٣٢٨ في المشروع التامى . ووافق عليها مجلس النواب . وفي لجنة مجلس الشيوخ اعترض على نظرية إيجاب الدائن على قبول الحوالة ولو كان الحق بعد الحوالة مكفول الوفاء . فرد على هذا الاعتراض بأن هذه النظرية تتضمن قاعدة شرعية وردت في حديث شريف من النبي صلى الله عليه وسلم : « فإذا أحبل أحدكم على ماله فليحتل » . فأجيب على هذا الرد بأن « مجال تطبيق القاعدة الشرعية قد تغير الآن ، فأصبحت النفوس مليئة بالشر والمكر فهناك أشخاص أغنياء لا يمكن التعامل معهم ، وبالتالي لا يمكن اقتضاء الحقوق منهم » . وانتهى الأمر إلى أن حلفت من الفقرة الأولى عبارة « على أنه لا يجوز للدائن دون مبرر أن يرفض الإقرار إذا كان حقه بعد الحوالة مكفول الوفاء » ، « لأن هذه العبارة تفتح باب المنازعات ، وقد تسبب أضرارا كبيرة للدائن الذى ارتضى أن يعامل المدين دون غيره لأسباب متعددة . فرأت اللجنة أن من الأنسب لذلك كله سد هذا الباب ، وبهذا لا تكون حوالة الدين نافذة إلا إذا أقرها الدائن » . وأصبح رقم المادة ٣١٦ . ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٣٩ و ص ١٤١ — ص ١٤٣) .

م ٣٢٢ : ورد هذا النص في المادة ٤٥٦ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التشريع المدنى الجديد ، فيما عدا عبارة وردت في آخر الفقرة الثانية في المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « وتنفذ الحوالة في حقه حتى لو رفضها الميعاد المحدد إذا لم يستند في رفضه إلى —

ولا مقابل لهذه النصوص في التقنين المدني السابق ، لأن هذا التقنين لم ينظم حوالة الدين كما سبق القول .

وتقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٣١٦ - وفي التقنين المدني الليبي المادتين ٣٠٣ و ٣٠٩ - وفي التقنين المدني العراقي المادة ٣٤٠ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٢٨٧ (١) .

— أسباب مقولة « ، وفيما هذا فقرة ثالثة كانت في المشروع التمهيدى حل الوجه الآتى : « ولا يجوز للمشتري إذا انتقل الدين إلى ذمته أن يطهر المقار المرهون أو أن يتخلل من هذا المقار » ، وفيما هذا أن المهاد الذى ورد في المشروع التمهيدى لإقرار الحوالة أو رفضها كان ثلاثة أشهر لا ستة . وفي لجنة المراجعة أقر النص ، وصار رقه ٣٣٤ في المشروع الثانى . ووافق عليه مجلس النواب . وفي لجنة مجلس الشيوخ حلفت العبارة التى وردت في آخر الفقرة الثانية تمهيداً مع تعديل مماثل في المادة ٣١٦ مدنى ، وحذفت الفقرة الثالثة لأن المشتري بقبوله الحوالة يصبح مدينأ أصلياً فلا يجوز له طبقاً للقواعد العامة تطهير المقار المرهون أو التخلية ، وجعل يمهد الإقرار أو الرفض ستة أشهر بدلاً من ثلاثة . فأصبح نص المادة بذلك مطابقاً تماماً لما افترض عليه في التقنين المدنى الجديد ، وصار رقه ٣٢٢ . ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٦٠ و ص ١٦٤ — ص ١٦٥) .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى : م ٣١٦ (مطابقة للمادة ٣١٦ من التقنين المدنى المصرى — ولا مقابل في التقنين المدنى السورى المادة ٣٢٢ من التقنين المدنى المصرى) .
التقنين المدنى الليبى : م ٣٠٣ و م ٣٠٩ (مطابقتان المادتين ٣١٦ و ٣٢٢ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى العراقى : م ٣٤٠ : ١ - الحوالة التى تمت بين المكيل والمحال عليه تنقضى موقوفة حل قبول المحال له . ٢ - وإذا قام المكيل أو المحال عليه بإبلاغ الحوالة للمحال له ، وحدد له أجلاً معقولاً لقبول الحوالة ، ثم انقضى الأجل دون أن يصدر القبول ، اعتبر سكوت المحال له رفضاً للحوالة .

وهذا الحكم يتفق مع حكم المادة ٣١٦ مصرى . ولا يوجد في التقنين العراقى مقابل المادة ٣٢٢ من التقنين المصرى .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٢٨٧ : انتقال دين المدينون يحصل إما بالاتفاق بين الدائنين ومن يأخذ الدين على حاققه ، وإما بالاتفاق بين هذا والمدينون — وفي الحالة الثانية يقع مفعول الانتقال موقوفاً على إجازة الدائن . ويستطيع المتعاقدان ، مادامت الإجازة لم تقطع ، أن يعدلا اتفاقهما أو يلغياه — وإذا لم يجز الدائن الانتقال بطل . وإذا أجازته كان له مفعول

٣١٧ - مسائل أربع : ويتبين من هذه النصوص أن إقرار الدائن للحالة ضرورى حتى تنفذ في حقه . فنبحث في هذا الصدد مسائل أربعاً :
(١) متى يصدر إقرار الدائن (٢) وكيف يصدر هذا الإقرار (٣) وإلى أى مدى يلتزم الدائن بإقرار الحالة ، وسرى أنه حر في الإقرار أو في الرفض (٤) وما هو الأثر الذى يترتب على إقرار الدائن للحالة أو على رفضه إياها .

٣١٨ - متى يصدر إقرار المدين : وإقرار الدائن كما رأينا ضرورى لنفاذ الحالة في حقه ، حتى لا يتغير عليه المدين - وشخصه جوهرى في الدين - دون رضاه . والإقرار إرادة منفردة تصدر من الدائن ، ولا تنتج أثرها إلا إذا وصلت إلى علم من توجه إليه هذه الإرادة وفقاً للقواعد العامة . ونرى أنه يكفى أن يصل الإقرار إلى علم أى من المحال عليه أو المدين الأصل لينتج أثره ، ولا يجوز بعد ذلك للدين الأخيرين أن يتفقا على العلول عن الحالة أو التعديل فيها (١) . ولكن قبل وصول الإقرار إلى علم أى منهما ، يجوز لها أن يتفقا معاً على أن يعدلا عن الحالة فلا يكون لها أثر حتى لو صدر لإقرار الدائن بعد علمه بهذا العلول ، ويجوز لها كذلك أن يدخلا على الحالة من التعديل ما يتفقان عليه .

ويصح أن يصدر الإقرار في أى وقت بعد انعقاد الحالة . وليس من الضرورى ، في التقنين المبنى المصرى ، أن يربص الدائن بإقراره حتى يعلنه المحال عليه أو المدين الأصل بالحالة ، بل يجوز أن يقر الدائن الحالة قبل أن

— رجى منذ اليوم الذى تم فيه الاتفاق بين المدين ومن انتقل إليه الدين — ولا يجوز إعطاء الأجازة إلا بعد أن يبلغ المصدقون الانتقال إلى الدائن . ويجب اصطفاؤها في خلال المهلة المعينة في البلاغ ، وإذا لم تبين مهلة قن خلال المدة لقي تمتع كافية للاختيار . وإذا انقضت المدة عدت الإجازة مرفوضة .

وتتفق هذه الأحكام مع أحكام المادة ٣١٦ من التقنين المصرى ، فيما عدا عدم جواز صدور الإقرار قبل إعلان الحالة في التقنين اللبنانى ، وهو سقم مأخوذ من التقنين المبنى الألمانى . ولا مقابل في التقنين اللبنانى للمادة ٣٢٢ من التقنين المصرى .

(١) الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ٢٣٧ ص ٣٢٧ .

يعلم بها (١) . أما في التقنين المدني الألماني فقد ورد نص صريح في هذا الصدد يقضى بأن الدائن لا يجوز له أن يقر الحوالة إلا بعد أن يعلن بها (٢) ، وذلك لكي يتيقن زمام الحوالة في يد المدين الأصلي والحال عليه ، فيستطيعا أن يعدلا عنها أو يعدلا فيها قبل أن يعلنها للدائن .

إذن ليس في التقنين المدني المصري بداية لميعاد صدور الإقرار إلا وقت انعقاد الحوالة . وكذلك ليس لهذا الميعاد نهاية ، فيجوز للدائن أن يقر الحوالة في أى وقت بعد انعقادها . على أنه يستطيع أى من الحال عليه أو المدين الأصلي أن يضع حداً لهذا الموقف غير المستقر ، بأن يتولى إعلان الحوالة إلى الدائن ويعينه في الوقت ذاته أجلاً معقولاً ، يقدره هو تحت رقابة قاضي الموضوع ، فإذا انقضى هذا الأجل دون أن يقر الدائن الحوالة ، اعتبر سكوته رفضاً (٣) . وعند ذلك يتيقن عقد الحوالة قائماً في العلاقة ما بين المدين الأصلي والحال عليه ، منتجاً لالتزامات شخصية فيما بينهما ، دون أن يتقلل الدين إلى ذمة الحال عليه في العلاقة ما بينه وبين الدائن ، وسيأتي بيان ذلك .

٣١٩ — مائة بيع العقار المرهون : على أن هناك حالة خاصة ، نصت

عليها المادة ٣٢٢ مدني ، عدل فيها الحكم المتقدم الذكر ، وهذه هي حالة بيع العقار المرهون رسمياً . ففي هذه الحالة لا ينتقل الدين المضمون بالرهن إلى ذمة المشتري إلا باتفاق خاص بين البائع والمشتري على جواله هذا الدين — وإلى هنا

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي : « وقد أجاز المشروع للدائن إقرار الحوالة متى اتصلت بعلمه ، حتى قبل أن يقوم المدين أو الحال عليه بإعلانه بها . ولكن ليس للدائن أن يتمسك بالحوالة مادام لإقراره لم يصل إلى المدين أو الحال عليه . وعلى هذا الاعتبار يكون لطرفي الحوالة أن يعدلا فيها أو يعدلا عنها قبل وصول هذا الإقرار إلى أحدهما (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٥٠) . وانظر أيضاً الأستاذ عبد الحى حجازي ٣ ص ٢٧٨ .

(٢) فقد نصت المادة ٤١٥ من التقنين المدني الألماني على أن « هذا الإقرار لا يجوز صلوه إلا بعد أن يعلن المدين أو الأجنبي الحوالة للدائن » . وعلى نهج التقنين المدني الألماني سارتقنين الموجبات والمقود البناني (أنظر المادة ٢٨٧/٤ من هذا التقنين الأخير) أنفاً فقرة ٣١٨ في الهامش .

(٣) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٤٠ .

لا جديد ، فان الحوالة لا تفترض ، وبيع العقار المرهون ليس من شأنه افتراض حوالة الدين المضمون بالرهن ، بل لابد أن يكون هناك اتفاق خاص على هذه الحوالة . فاذا ما عقد هذا الاتفاق بين البائع والمشتري — أى بين المدين الأصل والمحال عليه — ثم سجل عقد البيع ، وأعلن الحوالة أى من البائع أو المشتري إعلاناً رسمياً للدائن ، فان المادة ٣٢٢ مدنى قد تكفلت بتحديد الميعاد الذى يجب فيه أن يقر الدائن الحوالة أو يرفضها . وهذا الميعاد هو ستة أشهر من وقت إعلانه بالحوالة ، فاذا انقضى هذا الميعاد دون أن يقر الحوالة أو يرفضها . اعتبر سكوته إقراراً بالحوالة لا رفضاً لها (١) .

ونرى من ذلك أن النص قد انحرف بهذه الحالة الخاصة عن الأحكام التى تقدم ذكرها فى أمرين : (١) قد تكفل بتحديد المدة المعقولة ، وهى ستة أشهر كما قدمنا ، ولم يتركها لتقدير أحد طرفى الحوالة . (٢) وجعل سكوت الدائن بعد انقضاء هذه المدة إقراراً بالحوالة لا رفضاً لها (٢) ، وهذا عكس للحكم الذى تقرّر فى غير هذه الحالة الخاصة .

(١) وقد استحدثت المادة ٣٢٢ مدنى مصرى من المادة ٤١٦ من التفتين المدنى الألمانى . وكان المشروع الأول للنص الألمانى يجعل الدائن المرتهن غيراً بين إقرار الحوالة أو اتخاذ إجراءات تنفيذ الرهن فى مدى ستة أشهر ، حتى لا يظل المدين الراهن معلقاً مدة طويلة بعد أن باع العقار المرهون . ولكن النص النهائى عدل من ذلك ، وجعل للدائن المرتهن الحق فى رفض الحوالة إذا أعلن الرهن للمدين الراهن ، حتى لا يضطر الدائن المرتهن إلى اتخاذ إجراءات تنفيذ الرهن فى وقت قد لا يكون ملائماً . حل أن النص الألمانى فى صورته النهائية يختلف عن النص المصرى فى أن إعلان الحوالة يصدر ، وفقاً للنص الألمانى ، من المدين الراهن وحده ، فلا يجوز صدوره من المشتري للعقار المرهون ، وفى أن رفض الحوالة يجب إعلانه لهذا المدين الراهن (التعليقات على التفتين المدنى الألمانى جزء أول م ٤١٦ ص ٦١٢ — ص ٦١٣ — وانظر أيضاً مقال الأستاذين شيرون ومحمد صادق فهمى فى مجلة مصر المعاصرة سنة ١٩٣١ ص ٥٧ — ص ٥٨ — وانظر فيما يتعلق بتفتين الالتزامات السويسرى المادة ١٨٣ والمقال المشار إليه ص ٦٦ . وانظر فيما يتعلق بالتفتين المدنى المصرى المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٦٢ — ص ١٦٣) .

(٢) وقد يعلن الدائن المرتهن بالحوالة قبل تسجيل عقد البيع ، فهل يكون الإعلان فى هذه الحالة باطلاً لا يترتب عليه أى أثر ، أو يبقى صحيحاً ولكن لا يترتب عليه أثره — أى لا يسرى ميعاد ستة أشهر — إلا من تاريخ التسجيل ؟ نرجع الرأى الثانى ، لأن الأخذ به —

ويسوغ هذا الانحراف اعتبارات عملية . فمن المصلحة ، بعد أن انتقل المقار المرهون إلى ملك المشتري ، وأصبح هذا ملزماً بالدين عينياً بحكم ملكيته للمقار ، أن ينتقل الدين إلى ذمته حتى تتفق مسؤوليته الشخصية ، مع مسؤوليته العينية . ومن ثم شجع النص على الوصول إلى هذه النتيجة ، بأن تولى تحديد ميعاد ، ليس بالطويل ، يكون انقضاؤه مع سكوت الدائن إيلاناً باقرار الحوالة لارفضها (١) .

== من شأنه إعمال إعلان الحوالة ، وإعمال التصرفات خير من إعمالها (انظر الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ٢٨٧ — ص ٢٨٨) . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتى : « فبراهى من ناحية أنه لا يجوز إعلان الحوالة قبل التسجيل . وينهض لتوجيه هذا القيد أن المشروع قد قصد إلى تحاشي الفصل بين المسؤولية الشخصية والمسؤولية العينية من الدين ما أمكن ، وإن من مصلحة المشتري أن تمتنع على الدائن مطالبة بمقتضى المسؤولية الشخصية قبل أن تترتب مسؤوليته العينية ، فيما لو أعلن بالحوالة من قبل . أما فيما يتعلق بالجزاء الذى يكفل نفاذ هذا الحكم ، فقد تعرض للحن صورتان : فيجوز أن يعتبر الإعلان السابق على التسجيل غير ذي أثر في هذه سريان الميعاد المسمى المنصوص عليه في هذه المادة ، وعلى هذا لا يبدأ سريان هذا الميعاد إلا من تاريخ التسجيل — ويجوز أن يعتبر هذا الإعلان غير ذي أثر بالنسبة للمشتري . بيد أن الصورة الأولى هي الأولى بالقول ، نظراً لتفهما مع وجوب إعمال التصرفات القانونية كلما تيسر ذلك (مجموعة الأعمال التفسيرية ٣ ص ١٦٢) .

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في صدد المادة ٣٢٢ منق ما يأتى : « تتناول هذه المادة صورة عملية بالغة الأهمية ، تعرض عند التصرف في عقار مرهون ، مع تحمل الخلف بالدين الذى أثنى الرهن لضمان الوفاء به . فالواقع إن إنشاء رهن رسمى لضمان الوفاء بالدين يحمل متصرف المسؤولية العينية أغلب من متصرف المسؤولية الشخصية ، وبعبارة أخرى يصبح حق الرهن الرسمى في هذه الحالة أصلاً ، ولا يكون لمسئولية المدين الشخصية من الدين إلا منزلة الفرع من حيث النتيجة . والغالب أن من يتصرف في العقار المرهون يقصد إلى نقل الدين إلى الخلف ، والتخلل من المسؤولية عنه ، فليس أسوأ من مركز مدين يظل مسؤولاً عن الدين شخصياً في خلال فترة طويلة بعد أن يكون قد تصرف في العقار الذى رهن لضمان الوفاء بهذا الدين . فإذا انصرفت نية المتصرف إلى التخلص من الدين ، أمكن أن يقترب على الحوالة التي تتم على هذا الوجه أن يصبح الخلف مسؤولاً عن الدين مسؤولاً عينية ومسؤولية شخصية في آن واحد . وهو بهذه المشابهة يسأل في جميع أمواله ، إذا لم يكن المقار المرهون الذى آل إليه كافياً لوفاء بحق الدائن . بيد أن مثل هذا الوضع ، رغم ما ينطوى فيه من تزوج إلى التمسك مع مقتضيات العمل ، ولانزول على حكم المنطق ، قد يستتبع أحياناً ترميض الدائن لخطر جدى ، ولا سيما إذا كان متأخرراً في الرتبة وكان في شك من استيفاء حقه من ثمن العقار المرهون . فأولى به في هذه الحالة أن يبقى على دعواه قبل مدينه الأصل ، متى كان مأوون الياسر ، من أن ==

٣٢٠ — كيف يكون الإقرار : والإقرار تعبير عن الإرادة ، وليس له شكل خاص ، فأى لفظ أو كتابة أو موقف يدل على رضاه الدائن بالحالة يكفي . وقد يكون صريحاً كما يكون ضمنياً . ويكون إقرار الدائن للحالة إقراراً ضمنياً إذا استوفى الدين أو جزءاً منه من المحال عليه دون تحفظ ، أو قبل منه أى عمل آخر يقوم به على اعتبار أنه هو المدين (١) .

== يرجع هذه الدعوى على الخلف وقد لا يتوافر فيه من ضمانات الملاءة ما يتوافر لدى الأصل . ومؤدى هذا أن مصالح الدائن قد تتسبب الخطر كلما كان نصيب المسئولية الشخصية من الأهمية أعظم من نصيب المسئولية المالية ، كما هو الشأن في الحالة الأخيرة . وقد قصر المشروع على التوفيق بين مصلحة الدائن ومصلحة الملتصرف — ومن الواجب أن يصور مركزهما أمكن حتى لا يطول أمد بقاء مسئولية من الدين المضمون بالرهن بعد بيع العقار المرهون — فقص بإعتبار الدائن مقراً بالحالة ، إذا لم يتم رفضها صراحة خلال ثلاثة أشهر (أصبحت ستة أشهر) من إعلانه بها استثناء من أحكام القواعد العامة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٦١ — ص ١٦٢) . ويبدو من الأسباب التي طرأ بها الحكم الذي نحن بصدده أن هذا الحكم منطبق أيضاً في حالة ما إذا كان العقار المبيع مثقلاً بتأمين حتى آخر غير الرهن الرسمي ، كحق امتياز أو حق اختصاص .

(١) وقد كان المشروع التمهيدى يتضمن نصاً في هذا المعنى ، فكانت المادة ٤٤٥ من هذا المشروع تجري على الوجه الآتي : « يكون إقرار الدائن للحالة صريحاً أو ضمنياً . ويعتبر الدائن قد أقر الحالة إذا وثق المحال عليه الدين بصفته مديناً وقبل الدائن دون تحفظ هذا الوفاء ، أو قبل أى عمل آخر يقوم به المحال عليه بصفته مديناً » . وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي : « والدائن أن يتخذ من الحالة مواقف مختلفة : (أ) فله أن يقرها ، وقد يكون الإقرار صريحاً أو ضمنياً . وقد يفترض الإقرار إذا قبض الدائن دون تحفظ ما أوفى به المحال عليه — كالوفاء الجزئي بأصل الدين أو الوفاء بالفوائد — أو إذا قبل من المحال عليه أداء تكليف يقع على المدين ، كما هو الشأن في التجديد . بيد أنه يشترط في هذه الحالة أن يكون المحال عليه قد أوفى بالدين ، أو أدى تكليفاً آخر مما يجب على المدين ، وأن يكون قد أضاف الوفاء أو الأداء إلى نفسه لا إلى المدين ، إذ في هذا الوضع ففسب يكون الدائن قد اعتبر المحال عليه مديناً له . وقد يستفاد إقرار الدائن للحالة من مطالبته للمحال عليه بالتزام ، أو من إنتظاره إلى أجل معلوم . حل أن القرينة التي تستخلص من تلك الظروف ليست بقاطعة ، بل يجوز إسقاط دلالتها بإثبات العكس ، كما إذا كان التحفظ ذاته مستفاداً من واقع الحال . (ب) وله أن يرفضها فتكون غير نافذة في حقه » . وقد حذفت لجنة المراجعة هذه المادة من المشروع ، « لأنها ليست إلا مجرد تطبيق للقواعد العامة ، بدليل أنه لا مقابل لها في الفصل الخاص بحالة الحق » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٣٧ — ص ١٣٨ في الهامش) .

وثبت إقرار الدائن للحالة بجميع الطرق ، وفقاً للقواعد العامة ، لأنه إرادة منفردة .

٣٢١ - المرائى حر في إقرار الحوالة أو في رفضها : والقاعدة أن

الدائن حر في إقرار الحوالة أو في رفضها ، فإن أقرها انتقل بالنسبة إليه الدين من ذمة المدين الأصلي إلى ذمة المحال عليه كما سئرى ، وإن رفضها بقي المدين الأصلي مديناً له كما كان ولم ينتقل الدين بالنسبة إلى الدائن من ذمة المدين الأصلي إلى ذمة المحال عليه . ولا شيء يجبر الدائن على إقرار الحوالة ، مهما يكن المحال عليه مليئاً ، حتى لو كان أكثر ملاءة من المدين الأصلي ، أو كان له مال ظاهر أيسر في التنفيذ عليه . فليس الدائن ملزماً أن يغير مدينه حتى إلى مدين أفضل ، فهذا أمر يرجع لتقديره إليه هو ، وإذا رفض إقرار الحوالة فلا بد أن يكون لديه من الأسباب ما يبرر في نظره هذا الرفض ، وهذا كاف ولا تعقيب عليه في تقديره ، بل هو لا يسأل عن أسباب رفضه .

وقد كان المشروع التهديدى يتضمن حكماً يخالف هذا الحكم ، فقد كانت المادة ٤٤٦ من هذا المشروع تجرى على الوجه الآتى : ١ - إذا رفض الدائن الإقرار ، كانت الحوالة غير نافذة في حقه . ٢ - على أنه لا يجوز للدائن أن يرفض الإقرار ، إذا كان حقه بعد الحوالة مكفول الوفاء . وكان يستفاد من هذا الحكم أن الدائن إذا أحيل على شخص ملئ مقتدر بحيث يكون حقه مكفول الوفاء ، فليس له أن يرفض إقرار الحوالة ، وإلا كان متعسفاً في استعمال حقه في الرفض ، فبرد عليه قصده . ولا حاجة في هذه الحالة لإقراره ، بل لا عبرة برفضه ، لتكون الحوالة نافذة في حقه (١) . ولما عرض هذا النص

(١) أنظر في هذا المعنى للذاكرة الإيضاحية للمشروع التهديدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ص ١٣٩ — ص ١٤٠ — وقد جاء فيها ما يأتى : « والمشهور عند الحنفية هو ضرورة رضا الدائن . ومن رآهم أن قوله عليه السلام في الحديث : فإذا أحيل أحكم على ملئ فليحتل ، يفيد في ظاهره معنى الأمر ، ولكنه أمر استحباب أو إباحة ، لأن المدينين رغم يسارهم قد تتفاوت ذمتهم في حسن القضاء والمطال ، ولهذا الملة قد يحرص الدائن على عدم إبدال مدينه . ويضيف ابن الهمام إلى ذلك أن الدائن قد يضار إذا أجبر على استيفاء دينه من مدين لا يوفيه : —

على لجنة مجلس الشيوخ ، قام اعتراض على فكرة إجبار الدائن على إقرار الحوالة ولو كان الحق بعد الحوالة مكفول الوفاء (١) ، فوافقت اللجنة على حذف النص (٢) .

مفتح تقدير ٦ ص ٣٤٧ — والكاسافى ٦ ص ١٦ — ولم يعرض مرشد الجبران لهذه المسألة ، ولكن المادة ٦٨٣ من الحيلة نصت صراحة على أن الحوالة التي أجريت بين المهييل والمحال عليه تتمتع موقوفة على قبول المحال له . والواقع أن تعاقب المدين والمحال عليه يعتبر ، في اصطلاح الفقه الحنفى ، عقداً موقوفاً . وهو بهذه المثابة غير لازم بالنسبة لكل من المتعاقبين : أنظر انكسافى في البدائع ج ٥ ص ١٧٨ — ولم يرد المشروع أن يلتزم حدود هذا التصور ، ولو أن له شيئاً في أحكام التفتين المصنف (٣٠٢) . أما الخنابلة فلا يشترطون رضاه الدائن . ولما ذهب في هذه الناحية طابع خاص ، فمن رأيهم — فيما عدا حالة الإحصار — أن الأمر المستفاد من الحديث الذي تقدمت الإشارة إليه أمر وجوب يطوى على تكليف الدائن باستيفاء حقه من قبل تحمل الدين ، ما دام المدين الأصل قد أحال عليه . ويعتبر الدائن ، وفقاً لهذا الرأي ، غير محق في المطالبة في اتفاق لا يضار منه . فإن فعل ، كان محتسباً ، وكان للقاضي أن يجبره على إمضاء حكم هذا الاتفاق إن اقتضى الحال ذلك : منصور بن إدريس في كشف القناع ج ٢ ص ١٨٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٤٠ — ص ١٤١) .

(١) وقد رأينا في بيان تاريخ نص المادة ٣١٦ أن هذا الاعتراض ، لما قام في لجنة مجلس الشيوخ ، قيل في الرد عليه أن النص يتضمن قاعدة شرعية وردت في حديث شريف من النبي صلى الله عليه وسلم : فإذا أحيل أحدكم على ملء فليحتل . فأجيب بأن مجال تطبيق القاعدة الشرعية قد تثير ، وأصبحت النفوس مليئة بالشر والمكر ، فهناك أشخاص أغنياء لا يمكن التعامل معهم ولا يمكن اقتضاء الحقوق منهم (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٤٢ . وأنظر آنفاً فقرة ٣١٦ في المامش) .

(٢) وقد رأينا أن لجنة مجلس الشيوخ ذكرت في تقريرها في هذا الصدد ما يأتي « حلفت من الفقرة الأولى عبارة : على أنه لا يجوز للدائن دون مبرر أن يرفض الإقرار إذا كان حقه بعد الحوالة مكفول الوفاء — لأن هذه العبارة تفتح باب المنازعات ، وقد تسبب أسراراً كبيرة للدائن الذي ارتضى أن يعامل المدين دون غيره لأسباب متعددة . رأيت اللجنة أن من الأنسب لذلك كله سد هذا الباب ، وهذا لا تكون حوالة الدين نافذة إلا إذا أقرها الدائن (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٤٣ — وأنظر آنفاً فقرة ٣١٦ في المامش) .

هذا وهناك حالة واردة في المشروع التمهيدى ، هي حالة بيع المتجر بماله من حقوق وماعليه من ديون ، ولم يكن المشروع التمهيدى يشترط فيها رضاه الدائن . فقد كانت المادة ٤٥٧ من هذا المشروع تجري على الوجه الآتى : ١ - إذا بيع متجر بماله من حقوق وماعليه من ديون ، كان المشتري مسئولاً عن الديون بقدر ما كسب من الحقوق . ٢ - ومع ذلك يبقى المدين الأصل ملزماً هو أيضاً بالديون مدة ثلاث سنوات . وتحسب هذه المدة بالنسبة للديون التي حلت من الوقت الذى يقوم فيه البائع بإخطار الدائنين بالحوالة وبالنسبة للديون التي لم تكن قد حلت —

٣٣٢ - المؤتمر المترتب على إقرار المائتين للحوالة أو على رفضها :

قدمنا أن الحوالة تنعقد بمجرد تراخي الحال عليه والمدين الأصلي عليها ، وذلك قبل إقرار الدائن لها . فالإقرار الذى يصدر من الدائن إنما يلحق عقداً كاملاً التكوين ، لا يساهم الإقرار فى تكوينه ، بل كل ما له من أثر هو فى نفاذ الحوالة فى حق الدائن . ومن ثم لا يعتبر الإقرار قبولا ينتج أثره من وقت

= وقت هذا الإخطار من وقت حلولها . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد هذا النص ما يأتى : « نتناول هذه المادة حكم حوالة الديون عند تفرعها على الاستخلاف على محتويات ذمة من اللبم بجهة واحدة ، بوصفها جزافاً ، كما هو الشأن فى بيع شركة أو متجر أو حصة فى هذه أو تلك . ولا يشترط فى الاستخلاف على محتويات الذمة أو المتجر شكل خاص بل تطبق القواعد العامة فى العقود . بيد أنه لا يتيسر المستخلف أن ينفذ التزامه بنقل عناصر الذمة أو المتجر إلى الخلف بجهة واحدة وإنما يتعين عليه أن ينقل إليه كل عنصر من تلك العناصر إن كانت من قبيل الحقوق وفقاً للأوضاع الخاصة بانتقال هذه الحقوق . وقد استثنى المشروع من نطاق تطبيق القواعد العامة حكم حوالة الديون عند الاستخلاف على محتويات ذمة أو متجر ، فلم يشترط رضا الدائن لانعقادها ، معطفاً فى ذلك بما شرع من ضمانات لحماية الدائن . وقد نص على احتفاظ الدائن بحقه فى الرجوع على المدين الأصلي بوصفه مدينياً متضامناً مع من يخلفه ، فى خلال ثلاث سنوات تبدأ من تاريخ إخطار الدائنتين بالحوالة بالنسبة للديون التى حلت ومن تاريخ حلول الديون غير المستحقة الأداء . فإذا انقضت مدة السنوات الثلاث ، سقط حق الدائن فى الرجوع على المدين الأصلي . وفى من البيان أن فى هذا الأجل فسخة تكفل للدائن حسن القيام على مصالحه . ولا يسأل الحال عليه عن الديون إلا بنفسه ما آل إليه ، فستوليته تنحصر على هذا الوجه فى حدود عناصر الذمة التى استخلف عليها ، فإذا لم تكن جميع الأموال قد انتقلت إليه ، جاز تأسيس هذه المسؤولية على ما يكون له من حقوق أو دعاوى فى تلك الأموال . ويسرى حكم هذا النص متى اعتبرت محتويات الذمة التى يقع الاستخلاف عليها جزافاً ، ولا يهم فى ذلك أن تكون بعض الأموال قد أخرجت منها قرادى لاحتفاظ المدين الأصلي بها ، لأن الدائن يستيق حقه فى الرجوع على هذا المدين فى خلال ثلاثة سنوات كما تقدم بيان ذلك . » هذا وقد اقترح فى لجنة المراجعة حذف هذا النص ، فوافقت اللجنة على حذفه (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٦١) . وكانت المادة ٤٥٧ من المشروع التمهيدى مأخوذة من المادة ٤١٩ من التقنين الملقى الألمانى (انظر التعليقات على التقنين الملقى الألمانى جزء أول م ٤١٩ ص ٦٢١ - ص ٦٢٣) - وانظر أيضاً مقال الأستاذين شيرون ومحمد صادق فهمى فى مجلة مصر المعاصرة سنة ١٩٣١ ص ٥٨ - ص ٥٩ - وانظر فى حالة بيع المتجر للمدتين ٢٥ و ٢٦ من التقنين التجارى الألمانى - وانظر فى تقنين الالتزامات السويسرى للمدتين ١٨١ و ١٨٢ ومقال الأستاذين شيرون ومحمد صادق فهمى المشار إليه ص ٦٥ - ص ٦٦) .

(م ٣٧ - الوسيط)

صلوره ، بل هو إقرار لاتفاق تم من قبل ، فيكون له أثر رجعي يستند إلى وقت انعقاد الحوالة لا إلى وقت صدور الإقرار .
ويرتب على أن للإقرار أثراً رجعياً أنه إذا كان أحد طرفي الحوالة — المدين الأصلي أو المحال عليه — فقد أهليته في الفترة ما بين صدور الحوالة وصدور الإقرار ، فإن هذا لا يمنع من صدور الإقرار . وهذا بخلاف ما إذا لم يكن للإقرار أثر رجعي ، فانه يجب في هذه الحالة أن يكون كل من المدين الأصلي والمحال عليه باقيين على أهليتهما إلى وقت صدور الإقرار .
ومضى صدر لإقرار الدائن على النحو الذي سبق بيانه ، أصبحت الحوالة نافذة في حقه ، وانتقل الدين بالنسبة إليه من المدين الأصلي إلى المحال عليه . وسنبين ذلك تفصيلاً فيما يلي :

أما إذا رفض الدائن إقرار الحوالة ، بقيت الحوالة قائمة بين المدين الأصلي والمحال عليه على الوجه الذي سنبينه . غير أنها لا تنفذ في حق الدائن ، فلا يكون المحال عليه مدينّاً له مباشرة ، ولا يحق للدائن أن يجبره على الوفاء (١) . ثم إن الدائن ، إذا رفض إقرار الحوالة ، لا يستطيع العودة إلى إقرارها بعد الرفض .

الفرع الثاني

اتفاق الدائن والمحال عليه

٣٢٣ — **النصوص القانونية :** تنص المادة ٣٢١ من التقنين المدني على ما يأتي :

(١) وقد كان المشروع التمهيدى يشتمل على نص في هذا المنع ، هو الفقرة الأولى من المادة ٤٤٦ من هذا المشروع ، وكانت تجري على الوجه الآتي : « إذا رفض الدائن الإقرار ، كانت الحوالة غير نافذة في حقه » . فحذف هذا النص في لجنة المراجعة ، لأنه مجرد تكرار لفقرة الأولى من المادة ٣١٦ منى ، إذ تنص هذه الفقرة على أنه « لا تكون الحوالة نافذة في حق الدائن إلا إذا أقرها » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٢٧ — ص ١٢٨ في المادش) .

١- يجوز أيضاً أن تتم حوالة الدين باتساق بين الدائن والمحال عليه
يقرر فيه أن هذا محل محل المدين الأصلي في التزامه .
٢- وتسرى في هذه الحالة أحكام المادتين ٣١٨ و ٣٢٠ (١) .
ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، لأن هذا التقنين لم ينظم
حوالة الدين كما قدمنا .
ويقابل هذا النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني
السوري المادة ٣٢١ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٣٠٨ - وفي التقنين المدني
العراقي المادة ٣٤١ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ١/١٨٧ (٢) .
ويتبين من هذا النص أن هناك صورة ثانية لانعقاد الحوالة . بل إن هذه
هي الصورة الأصلية ، لأن رضا الدائن فيها يساهم في تكوين الحوالة ،
لا في نفاذها فحسب . وهذه الصورة هي اتفاق مباشر بين الدائن والمحال عليه ،
دون حاجة إلى رضا المدين الأصلي لا في انعقاد الحوالة ، بل ولا في نفاذها
في حق هذا المدين .

فتبين إذن : (١) كيف يتم الاتفاق بين الدائن والمحال عليه على الحوالة
(٢) وما أثر هذا الاتفاق بالنسبة إلى المدين الأصلي .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٤٤٥ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق
لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٣٢٣ من المشروع النهائي .
ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٣٢١ (مجموعة الأعمال التصحيحية ٣
ص ١٥٧ وص ١٥٩) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٣٢١ (مطابقة للمادة ٣٢١ من التقنين المدني المصري) .
التقنين المدني الليبي م ٣٠٨ (مطابقة للمادة ٣٢١ من التقنين المدني المصري) .
التقنين المدني العراقي م ٣٤١ : يصح عقد الحوالة بين الدائن والمحال عليه . ويلزم المحال
عليه بالأداء ، ولكن ليس له الرجوع على المدين الأصلي إلا إذا أقر المدين الحوالة .
(وهذا الحكم يتفق مع حكم التقنين المصري . غير أن رجوع المحال عليه على المدين الأصلي .
في التقنين المصري جائز بقاعدة الإثراء بلا سبب حتى لو لم يقر المدين الحوالة) .
تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ١/٢٨٧ : انتقال دين المدين يحصل إما بالاتفاق بين
الدائنين ومن يأخذ الدين على مائته ، وإما بالاتفاق بين هذا والمدينون .
(وهذا الحكم يتفق مع حكم التقنين المصري) .

٣٣٤ — كيف يتم الاتفاق بين المرائن والمحال عليه : هذه الصورة الثانية لحالة الدين تمتاز عن الصورة الأولى في أن الدائن — وهو صاحب الدين — هو الذى يتولى بنفسه تحويل الدين الذى له من ذمة مدينه الأصل إلى ذمة المحال عليه (١) . فالاتفاق يتم إذن مباشرة بين الدائن والمدين الجديد ، وبموجبه يتحول الدين من ذمة المدين القديم إلى ذمة المدين الجديد ، دون حاجة إلى رضاه المدين القديم .

وليس للاتفاق شكل خاص ، فأى تعبير عن الإرادة يكتفى . وقد يكون تراضى الطرفين صريحاً ، كما يكون ضمنياً . فإذا عرض المحال عليه على الدائن الوفاء بجزء من الدين باعتباره هو المدين ، لا باعتباره نائباً عن المدين الأصل ، وقبل منه الدائن دون تحفظ هذا الوفاء ، فقد انعقدت حوالة الدين بتراض ضمنى ، وتحول الدين إلى ذمة المحال عليه ، ولزمه أن يوفى للدائن بالباقي منه .

ويجب أن يقع اتفاق الحوالة على الدين ذاته ، حتى ينتقل الدين بجميع ضماناته وصفاته وبجميع ذفوعه إلى المدين الجديد ، وذلك تطبيقاً للمادتين ٣١٨ و٣٢٠ مدنى اللتين تسريان في الصورة التى نحن بصدددها ، كما تنص على ذلك الفقرة الثانية من المادة ٣٢١ مدنى (٢) .

ومن ثم يجب أن يكون الاتفاق متمحضاً بنية الحوالة . إذ يصح أن يتفق الطرفان ، لا على حوالة الدين ، بل على تجديده . وقد عرفنا الفرق بين الحوالة والتجديد ، ففي الحوالة ينتقل الدين نفسه إلى ذمة المدين الجديد ، أما في التجديد فينتضى الدين الأصل ويحل محله دين جديد . ونية الحوالة هى التى تميز الاتفاق على حوالة الدين عن الاتفاق على التجديد ، فإن التجديد يتم أيضاً ، كما سنرى ،

(١) أما في الصورة الأولى ، فإن المدين هو الذى يحول الدين من ذمة إلى ذمة المدين الجديد ، ولذلك انتضت هذه الصورة رضاه الدائن حتى تكون الحوالة نافذة في حقه . ولم تقتض الصورة الثانية التى نحن بصدددها رضاه المدين الأصل ، ولو لتكون الحوالة نافذة في حقه ، فإن الحوالة تنتقد في هذه الصورة الثانية نافذة في حق المدين الأصل بمجرد انعقادها ودون حاجة إلى رضائه كما سنرى .

(٢) المذكورة الايضاحية للشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٥٨ .

باتفاق بين الدائن والمدين الجديد . وقد كان هذا التمييز نهاية لتطور طويل في القانون ، إذ كان الاتفاق على التجديد هو المعروف وحده ، ثم عرف بعد ذلك التمهيد بوفاء الدين (expromissio) ، وتطور هذا التمهيد إلى أن أصبح اتفاقاً على الحوالة (١) .

كذلك يجب التمييز بين الاتفاق على الحوالة على النحو الذي قدمناه والاتفاق على أن يكون المدين الجديد مضافاً إلى المدين الأصلي ومتضامناً معه في الدين ، ففي هذه الحالة الأخيرة لا ينتقل الدين إلى ذمة المدين الجديد ، بل يبقى في ذمة المدين الأصلي ، ويتضامن معه فيه مدين جديد (٢) .

٣٢٥ — أثر الاتفاق بالنسبة إلى المدين الأصلي : قلنا أن هذا الاتفاق لا يقتضي اشتراك المدين الأصلي فيه ولا إقراره له ، فرضاؤه غير ضروري لا لانقضاء الحوالة ولا لتنفاذها في حقه . ذلك أنه من القواعد المقررة أنه يجوز لأجنبي أن يني بالدين دون رضا المدين (المادة ٣٢٣ مدني) ، ومتى قبل الدائن الوفاء ، ولو عارض المدين ، انقضى الدين ، وكان للأجنبي الذي وفاه الرجوع على المدين الأصلي بمقتضى قواعد الإثراء بلا سبب إذا كان الوفاء بغير علمه أو برغم إرادته . ويقاس على الوفاء الحوالة ، والأجنبي هنا — وهو الحال عليه أو المدين الجديد — لم يف بالدين فعلاً ، بل اتفق مع الدائن على أن ينقله إلى ذمته . فينتقل الدين بهذا الاتفاق ، وتبرأ ذمة المدين الأصلي ، رضى بالحوالة أو لم يرض ، علم بها أو لم يعلم ، فالاتفاق يسرى في حقه دون أن

(١) أنظر في هذا المعنى التعليقات على المدين الألماني جزء أول م ٤١٤ ص ٦٠١ —

ص ٦٠٢ .

(٢) وفي هذا المعنى تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع المتهدي : « ولا يشترط لانقضاء الحوالة في هذه الصورة شكل خاص ، بل تسرى القواعد العامة بشأن إثبات انقضاءها ، كما أن الرضاء فيها قد يكون صريحاً أو ضمناً . بيد أنه يشترط على أي حال أن يفرغ رضا الطرفين بحيث يتيسر للدائن أن يفهم أن الحال عليه لم يقصد إلى الاشتراك في المسئولية عن الدين ، أو إلى الالتزام به على سبيل التضامن ، بل إلى إحلال نفسه محل المدين الأصلي في أدائه » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٥٧ — ص ١٥٨) .

يكون طرفاً فيه بل ودون أن يقره ، لأنه يتمحض لمصلحته (١) . ومن ذلك نرى أن الحوالة في هذه الصورة الثانية ، بخلاف الصورة الأولى ، تعتقد نافذة فوراً في حق المدين الأصلي بمجرد انعقادها ودون حاجة إلى إقرار هذا المدين .

بيد أن عدم اشتراك المدين الأصلي في الحوالة يظهر أثره في أمرين : (الأمر الأول) رجوع المحال عليه على المدين الأصلي بما وفاه للدائن . ففي الصورة الأولى التي تم رضاء المدين الأصلي بموجب اتفاق بينه وبين المحال عليه ، يحدد هذا الاتفاق كيف يرجع المحال عليه على المدين الأصلي بما يوفيه للدائن على النحو الذي سنيته فيما يلي . أما هنا في الصورة الثانية التي نحن بصدها فالمدين الأصلي لم يتدخل في الحوالة ، فيكون رجوع المحال عليه بالمدين الذي وفاه عنه غير قائم على أى اتفاق بينها ، فلا يبقى إلا أن يرجع عليه بقاعدة الإثراء بلا سبب . (والأمر الثاني) ضمان المدين الأصلي ليسار المحال عليه . ففي الصورة الأولى التي تم باتفاق بين المدين الأصلي والمحال عليه ، تقضى المادة ٣١٩ مدني بأن « يضمن المدين الأصلي أن يكون المحال عليه موسراً وقت إقرار الدائن للحوالة ، ما لم يتفق على غير ذلك » . أما في الصورة الثانية التي نحن بصدها ، حيث لا يتدخل المدين الأصلي في الحوالة ، فلا ضمان عليه ، وقد رأينا الفقرة الثانية من المادة ٣٢١ مدني تقضى ، في هذه الصورة الثانية ، بـ « سريان المادة ٣١٨ (انتقال الدين بضماناته) والمادة ٣٢٠ (انتقال الدين بدفعه) دون المادة ٣١٩ (ضمان اليسار) » . وهذا أمر طبيعي ، ف ضمان المدين الأصلي ليسار المحال عليه وقت إقرار الدائن للحوالة لا يكون إلا إذا كان هذا المدين قد اشترك في الحوالة ورضى بها ، أى في الصورة الأولى . أما إذا لم يشترك فيها ، كما هي الحال في الصورة الثانية ، فلا محل لهذا الضمان .

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيلي في هذا المعنى ما يأتي : « ولا يشترط رضاء المدين الأصل بالحوالة في هذه الصورة ، فهي تعتقد صحيحة سواء أقرها أو مانع فيها ، وذلك أنها تتمحض لمغصه ، إذ يترتب عليها أن تبرأ منه من الالتزام » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٥٨) .

الفصل الثاني

الآثار التي ترتب على حوالة الدين

٣٣٦ - **معرفة متنوعة** : هنا أيضاً ، كما في حوالة الحق ، إذا انعقدت حوالة الدين تقوم علاقات متنوعة تتناول كلا من الدائن والمدين الأصلي والمحال عليه .

وتختلف حوالة الدين عن حوالة الحق في أن هذه العلاقات لا تتناول الغير . ذلك أن الغير في حوالة الحق هو ، كما قلنا ، كل شخص كسب حقا على الحق المحال به ، كحمال له ثان أو دائن حاجز ، ولا يتصور « غير » على هذا النحو في حوالة الدين (١) .

فستعرض : (١) علاقة الدائن بالمحال عليه (٢) علاقة الدائن بالمدين الأصلي (٣) علاقة المدين الأصلي بالمحال عليه .

(١) وإذا انعقدت الحوالة باتفاق بين المدين الأصلي والمحال عليه وأقر الدائن الحوالة ، فقد انتقل الدين إلى ذمة المحال عليه بالنسبة إلى الدائن نفسه بمجرد إقراره . فإذا فرض أن المدين الأصلي اتفق مع شخص آخر على أن يحول له الدين ، بعد الاتفاق الأول الذي أقره الدائن ، فإن الدين ، وقد سبق أن تحول إلى ذمة المحال عليه الأول بالحوالة الأولى ، لا يمكن أن يتحول مرة أخرى إلى ذمة المحال عليه الثاني ، لأن المدين الأصلي وقت الحوالة الثانية لم يكن مديناً .

وغنى من البيان أن المدين الأصلي إذا عقد حواليتين متعاقبتين مع شخصين مختلفين ، فأية حوالة منهما يقرها الدائن أولاً هي التي تسمى . ولا عبء بالحوالة الثانية بالنسبة إلى الدائن ، وإن كانت هذه الحوالة الثانية تبقى قائمة بين المدين الأصلي والطرف الآخر فيها .

وهذا هو الحكم أيضاً فيما إذا عقدت حوالتان متعاقبتان ، أحدهما أو كليهما باتفاق بين الدائن والمحال عليه ، فأية حوالة منهما رضى الدائن بها أو أقرها أولاً هي التي تسمى .

الفرع الأول

علاقة الدائن بالمحال عليه

٣٢٧ - مسائل مطروحة : نفرض هنا أن الحوالة قد انعقدت ونفذت في حق الدائن ، إما بأن تكون قد انعقدت باتفاق بين المدين الأصلي والمحال عليه ثم أقرها الدائن (١) كما هو الأمر في الصورة الأولى ، وإما بأن تكون قد انعقدت نافذة فوراً في حق الجميع وذلك باتفاق بين الدائن والمحال عليه كما هو الأمر في الصورة الثانية .

في هذا الفرض ينتقل الدين ، كما قلنا ، من ذمة المدين الأصلي إلى ذمة المحال عليه . فيستخلف المدين الأصلي المحال عليه في الدين نفسه ، ومن ثم تنتقل مع الدين ضماناته ودفعه .

فعدنا إذن مسائل ثلاث : (١) استخلاف المحال عليه في الدين ، أي حلول المحال عليه محل المدين الأصلي في الدين (٢) انتقال الدين بضماناته (٣) انتقال الدين بدفعه .

المبحث الأول

حلول المحال عليه محل المدين الأصلي في الدين

٣٢٨ - ما يترتب على هذا الحول : متى صارت حوالة الدين نافذة في حق الدائن ، يحل بالنسبة إليه المحال عليه محل المدين الأصلي في الدين . ويترتب على ذلك : (١) أن تبرأ ذمة المدين الأصلي قبل الدائن (٢) وأن ينتقل الدين نفسه إلى المحال عليه .

(١) أما قبل إقرار الدائن ، فقد قلنا أن الحوالة لا تكون نافذة في حقه ، ويكون المحال عليه أجنبياً بالنسبة إليه ، ويبقى المدين الأصلي هو المدين تجاه الدائن .

٣٣٩ - براءة ذمة المدين الأصلي قبل الدائن : براءة ذمة المدين

الأصل قبل الدائن هي النتيجة الحتمية المترتبة على انتقال الدين من ذمته إلى ذمة المحال عليه . وتم براءة الذمة هذه من وقت انعقاد الحوالة في كل من صورتها . ذلك أن الحوالة إذا انعقدت باتفاق بين الدائن والمحال عليه ، فإنها تنعقد نافذة مباشرة في حق الدائن ، فتبرأ ذمة المدين الأصلي من وقت انعقاد الحوالة . وإذا هي انعقدت باتفاق بين المدين الأصلي والمحال عليه ، فأها لا تصبح نافذة في حق الدائن إلا بإقراره كما قلنا ، ولكن هذا الإقرار ينسحب أثره إلى وقت انعقاد الحوالة كما سبق القول ، فتستند براءة ذمة المدين الأصلي في هذه الصورة أيضاً إلى وقت انعقاد الحوالة (١) .

وغنى عن البيان أن ذمة المدين الأصلي تبرأ على النحو الذي قدمناه دون حاجة إلى أن يصرح الدائن بذلك ، فإن هذا المعنى مستفاد من رضائه بالحوالة في الصورة الأولى ومن إقراره لها في الصورة الثانية (٢) .
ويترتب على أن ذمة المدين الأصلي تبرأ من وقت انعقاد الحوالة نتيجتان هامتان :

(١) تعتبر هذه البراءة نهائية من وقت انعقاد الحوالة . فلو أن المحال عليه ، وقد انتقل الدين إلى ذمته من هذا الوقت ، أعسر بعد ذلك ولم يستطع الدائن أن يستوفي منه الدين ، فإن الدائن لا يستطيع الرجوع بالمدين على المدين الأصلي بعد أن برئت ذمته من الدين كما قلنا . وهذا ظاهر في حالة انعقاد الحوالة باتفاق بين الدائن والمحال عليه ، فإن المدين الأصلي لا يكون مسئولاً حتى

(١) وقد كان المشروع التهدي لتقنين المدنى الجديد يتضمن نماء في هذا المعنى هو المادة ٤٥٠ من هذا المشروع ، وكانت تجرى على الوجه الآتى : ١ - إذا أقر الدائن الحوالة ، برئت ذمة المدين الأصلي ، وحل محله المحال عليه . ٢ - وينسحب أثر الإقرار اليوم الذى تم فيه الاتفاق بين المدين الأصلي والمحال عليه . وقد حذفت هذا النص في لجنة المراجعة ، لأنه مجرد تطبيق لقواعد العامة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٤٤ هامش رقم ١) .

(٢) انظر المذكرة الإيضاحية لمشروع التهدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣

عن ضمان يسار المحال عليه كما قدمنا . أما في حالة الحوالة باتفاق بين المدين الأصلي والمحال عليه ، فسنرى أن المدين الأصلي يضمن للدائن أن يكون المحال عليه موسراً وقت إقرار الدائن للحوالة (م ٣١٩ مدني) . فلو أعسر المحال عليه بعد انعقاد الحوالة وقبل إقرار الدائن لها ، فإن الدائن ، وإن كان لا يرجع على المدين الأصلي بالدين ذاته ، إلا أنه يرجع عليه بالضمان . وإذا كان إعسار المحال عليه تالياً لإقرار الدائن للحوالة ، فليس للدائن بغير اتفاق خاص أن يرجع حتى بالضمان على المدين الأصلي (١) .

(٢) تبرأ ذمة المدين الأصلي من وقت انعقاد الحوالة ، وتنشغل ذمة المحال عليه بالدين من هذا الوقت ، بحيث لو زالت عن المحال عليه أهليته بعد انعقاد الحوالة وقبل الإقرار ، في إحدى صورتى الحوالة ، لم يكن لذلك أثر في صحة التزامه بالدين قبل الدائن ولا في برائة ذمة المدين الأصلي ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك . ومن باب أولى لو أن الحوالة انعقدت ، في الصورة الأخرى ، باتفاق بين الدائن الأصلي والمحال عليه ، وفقد المحال عليه أهليته بعد ذلك ، فإن فقده لأهليته لا يؤثر في صحة التزامه نحو الدائن بعد أن تم التعاقد بينهما على انتقال الدين إلى ذمته . ولو نشأ دين ، في الفترة ما بين انعقاد الحوالة وإقرار الدائن لها في الصورة الأولى من صورتى الحوالة ، لصالح المدين الأصلي في ذمة الدائن ، فإن المقاصة ، بعد إقرار الدائن للحوالة واستناد هذا الإقرار إلى وقت انعقادها ، لا تمنع بين الحق المحال به وهذا الدين الذي نشأ . ذلك أن الدين المحال به يكون قد انتقل بإقرار الدائن للحوالة إلى ذمة المحال عليه فلم تعد ذمة المدين الأصلي مشغولة به ، ويستند هذا الأثر إلى وقت انعقاد الحوالة أي إلى وقت سابق على نشوء الدين لصالح المدين الأصلي في ذمة الدائن ، فلا تقع المقاصة بين الدينين . ومن باب أولى لو أن الحوالة انعقدت ، في الصورة الثانية ، باتفاق بين الدائن الأصلي والمحال عليه ، فإن الدين المحال به ينتقل بمجرد هذا الاتفاق إلى ذمة

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في هذا الصدد : « وتعتبر البرائة نهائية ، فلو أعسر المدين الجديد فيما بعد ، فليس للدائن أن يرجع على الأصلي » (مجموعة الأحكام التحضيرية ٣ ص ١٥٢) .

المحال عليه ولا تعود ذمة المدين الأصلي مشغولة به ، فلو نشأ دين بعد ذلك لصالح المدين الأصلي في ذمة الدائن لم تقع مقاصة بينه وبين الدين المحال به (١) .

٣٣٠ — انتقال الدين نفسه الى المحال عليه : براءة ذمة المدين الأصلي

من الدين إنما هي نتيجة ترتبت على انتقال هذا الدين نفسه إلى ذمة المحال عليه كما قدمنا . والدين الذي ينتقل هو نفس الدين الذي كان في ذمة المدين الأصلي ، وينتقل بصفاته وضمائنه ودفعه . وسرى فيما يلي كيف تنتقل الضمانات والدفع .

أما انتقال الدين بصفاته ، فثله أن يكون الدين معلقاً على شرط أو مضافاً إلى أجل ، فينتقل بشرط أو أجله (٢) . ومثله أيضاً أن يكون الدين تجارياً فينتقل على هذا الوصف ، أو أن يكون منتجاً لقوائد فينتقل منتجاً للقوائد بنفس السعر وبنفس الشروط ، أو أن يكون قد بدأ سريان التقادم ضده فينتقل والتقادم مستمر في سريانه إلى أن يعترضه وقف أو انقطاع ، أو أن يكون مقترناً بسند تشييدي كحكم قابل للتفاد أو ورقة رسمية فينتقل قابلاً للتنفيذ بهذا السند نفسه .

وينتقل الدين على هذا النحو إلى ذمة المحال عليه من الوقت الذي تبرأ فيه ذمة المدين الأصلي ، أي من وقت انقضاء الحوالة على الوجه الذي قدمناه .

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى في هذا الصدد : « متى أقر الدائن الحوالة بحرى الحكم كما لو كان هذا الدائن قد اشترك في التعاقد الذى تم من قبل بين المحيل والمحال عليه ... ويرامى أن أقر براءة ذمة المدين الأصلي والتزام المدين الجديد قبل الدائن ينسحب إلى هذا التاريخ ، فلو زالت عن المحال عليه أهليته بعد انقضاء الحوالة وقبل الإقرار ، فلا يكون لذلك أثر في صحة التزامه قبل الدائن ، لأن الدائن يعتبر طرفاً في التعاقد السابق . ولو نشأ سبب من أسباب المقاصة لصالح المدين الأصلي في هذه الفترة ، فلا يجوز التسكك بمثل هذا السبب ، إذ المفروض أن الأسيل قد برئت ذمته من قبل » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٥٢) .

(٢) وتنص المادة ٣٤٧ من التفتين المدنى العراقى في هذا المعنى على ما يأتى : « يتحول الدين على المحال عليه بصفته التى على المحيل ، فإن كان حالاً تكون الحوالة به حالة ، وإن كان مؤجلاً تكون مؤجلة » .

ومن هذا الوقت لا يستطيع الدائن أن يستوفي الدين إلا من المحال عليه (١) .
وليس له أن يطالب المدين الأصل بشيء (٢) . وللدائن أن يستوفي الدين من المحال
عليه بأى سبب من أسباب الاستيفاء : بالوفاء ، أو بالمقاصة ولو نشأ الدين
الجديد في ذمة الدائن لصالح المحال عليه في الفترة ما بين انعقاد الحوالة وإقرار

(١) وفي الفقه الإسلامي ، يوجد ، كما قمنا ، ضرب من الحوالة يعرف بالحوالة المقيدة .
وصورتها أن يتفق كل من المدين الأصل والمحال عليه والدائن على أن يستوفي الدائن الذي
في ذمة المدين الأصل من دين في ذمة المحال عليه لهذا المدين الأصل ، فتتعد حوالة الدين باستيفائه
من دين آخر للمدين الأصل في ذمة المحال عليه . وقد ورد في التفتين المدني العراقي طائفة من
النصوص في هذه الحوالة المقيدة ، نكتفي بإيرادها فيما يلي :

م ٣٥٢ عراق : إذا اشترط المحيل في الحوالة أن يبيع المحال عليه حيناً مملوكة للمحيل ويؤدى
الدين المحال به من ثمنها وقبل المحال له الحوالة بهذا الشرط ، صحت الحوالة ، ولا يجبر المحال
عليه على الدفع قبل البيع ، ويجبر على البيع وتأدية الدين من الثمن .

م ٣٥٣ عراق : ١ - إذا سقط الدين الذي قيدت به الحوالة بأمر عارض بعدها ، فلا تبطل
الحوالة . فلو أحال البائع غريمه على المشتري بضمن المبيع ، فهلك المبيع عند البائع قبل تسليمه
للمشتري وسقط الثمن عنه ، أورد المبيع بخيار عيب أو غيره ، فلا تبطل الحوالة ، ويكون
المحال عليه بعد الأداء الرجوع بما آذاه . ٢ - أما إذا سقط الدين الذي قيدت به الحوالة بأمر
سابق عليها ، وتبينت براءة المحال عليه منه ، فإن الحوالة تبطل . فلو أحال البائع غريمه على
المشتري بضمن المبيع ، ثم استحق المبيع الغير ، بطلت الحوالة وعاد الدين على المحيل .

م ٣٥٤ عراق : في كل موضع ورد فيه استحقاق المبيع الذى أحيل بضمته ، إذا أدى المحال
عليه الثمن ، كان له الخيار في الرجوع ، إن شاء رجع على المحال له للتأخير ، وإن شاء رجع
على المحيل .

م ٣٥٥ عراق : ١ - إذا أحال المدين غريمه على الوديع حوالة مقيدة بالعين المودعة عنده ،
فهلكت الوديعة قبل أدائها للمحال له بلا تعد من الوديع ، بطلت الحوالة وعاد الدين على المحيل .
واستحقاق الوديعة الغير يبطل للسوالة كهلاكها . ٢ - فإن كان هلاك الوديعة بتقصير الوديع
أو تمليه ، فلا تبطل الحوالة .

م ٣٥٦ عراق : ١ - إذا حال المدين غريمه على الفاسب حوالة مقيدة بالعين المفصوبة ،
فهلكت العين في يد الفاسب قبل أدائها للمحال له ، فلا تبطل الحوالة . ٢ - فإن استحققت العين
المفصوبة للغير ، بطلت الحوالة وعاد المحال له بحقه على المحيل .

أنظر أيضاً الفقرتين ٢ و ٣ من المادة ٣٣٩ عراق وقد سبق ذكرها : آنفاً فقرة ٣١٢
في الحاشي .

(٢) وتنص المادة ٣٤٦ من التفتين المدني العراقي في هذا المعنى على ما يأتي : « إذا قبل
المحال له الحوالة ورضى المحال عليه بها ، برىء المحيل من الدين ومن المطالبة معاً ، وثبت للمحال
له حق مطالبة المحال عليه » .

الدائن لها ، أو بالتجديد ، أو بإتخاذ الذمة ، أو بالإبراء ، أو بغير ذلك (١) .

المبحث الثاني

انتقال الدين الى المحال عليه بضماناته

٣٣١ - **النصوص القانونية :** تنص المادة ٣١٨ من التقنين المدني على ما يأتي :

(١) وتنص المادة ٣٥٠ من التقنين المدني العراقي في هذا المعنى على ما يأتي : « تبرأ ذمة المحال عليه من الدين بإدائه المحال به ، أو بهجرته إياه على آخر ، أو بالإبراء أو بإتخاذ الذمة ، أو بأي سبب آخر يقضي الالتزام » .
وإذا أراد الدائن استيفاء الدين من المحال عليه ، فوجد موصراً لإصداراً جزئياً ، زاحم بقية دائني المحال عليه ، وما بقى له من الدين بعد ذلك يرجع به على المدين الأصل إن كان له حق الرجوع عليه بالفيضان ، وذلك فيما إذا أصر المحال عليه قبل إقرار الدائن للحالة (م ٣١٩ مدني) .
وفي هذا المعنى تنص المادة ٣٥١ من التقنين المدني العراقي على ما يأتي : « إذا مات المحال عليه مديناً ، يقسم ماله بين الغرماء وبين المحال له بالحصول ، وما بقى للمحال له بعد القسمة يرجع به على المحيل إذا كان له حق الرجوع » .

وبدسرى أن نص التقنين العراقي السالف الذكر لا يعرض لحالة ما إذا كان الدين المحال به مضموناً برهن أو امتياز أو بأي تأمين آخر . فإن كان مضموناً بشئ من ذلك ، فإن مزاحمة دائني المحال عليه للدائن لا تنقطع فيما يتعلق بمال المحال عليه ، وتنقطع بداهة فيما يتعلق بالفيضان فلا يزاحم دائنو المحال عليه الدائن في المال المكتسب برهن أو امتياز أو نحو ذلك . والفريق أن الأستاذ حسن الذنون يأخذ على المادة ٣٥١ من التقنين المدني العراقي أنها لم تذكر هذا الأمر البدسرى ، وهي لو ذكرته لكان هذا فضلاً ليس له مبرر وتريداً لا محل له . والأغرب من ذلك أن الأستاذ يتنى في هذه المناسبة على التقنين المدني العراقي أنه لم يوفق في الجمع بين الفقه الإسلامي والفقه الغربي ، فيقول في صدد هذا النص : « وهنا مثل آخر من أمثلة كثيرة جداً (كذا) تدل دلالة واضحة على عدم توفيق المشرع في الجمع بين الفقهاء الإسلامي والمدني جميعاً غير متناظر ولا متناقص » (أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ٢٣٦) . ونحسب أن الأستاذ حسن الذنون قد تسرع في تقديمه بهذا الحكم ، وكان واجب الأنصاف يقتضيه أن يكون أدق نظراً وأوسع إحاطة قبل أن يتنى على التقنين المدني العراقي تناقضاً لا وجود له . أما المسألة التي أثارها في خصوص حق الامتياز العام ، كامتياز المبالغ المستحقة للخدم والكتابة والهبات وكل أجبر آخر وامتياز النفقة المستحقة في ذمة المدين ، وقد جزم الأستاذ أن هذا ينتقل باعتباره وصفاً للدين إلى مال المحال عليه بعد الحالة ، فهذه مسألة لا تزال محل النظر ، وسنشير إليها فيما يلي (أنظر فقرة ٣٣٢ في الخامس) .

١ - تبقى للدين المحال به ضماناته .

٢ - ومع ذلك لا يبقى الكفيل ، عينياً كان أو شخصياً ، ملتزماً قبل الدائن إلا إذا رضى بالحوالة (١) .

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، لأن هذا التقنين لم ينظم حوالة الدين كما سبق القول .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى: في التقنين المدني السوري المادة ٣١٨ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٣٠٥ - وفي التقنين المدني العراقي المادة ٣٤٨ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٢٨٨ (٢) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٤٥١ من المشروع التمهيلي حل وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما هنا عبارة وردت في آخر الفقرة الأولى من المشروع التمهيلي هذا نصها : « بالرغم من تغير شخص المدين » . وفي لجنة المراجعة حذفت هذه العبارة لعدم ضرورتها ، وأصبح النص كامل التطابق ، وصار رقمه ٣٣٠ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٣١٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٤٦ - ص ١٤٧) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٣١٨ (مطابقة لمادة ٣١٨ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني الليبي م ٣٠٥ (مطابقة لمادة ٤١٨ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٣٤٨ : ١ - تبقى للدين المحال به ضماناته بالرغم من تغير شخص المدين ، فإذا أحوال الراهن المرتهن بالدين حل آخر أو أحوال المشتري بالبيع بالتمن حل آخر ، فلا يسقط حق المرتهن في الرهن ، ولا حق البائع في حبس المبيع . أما إذا أحوال المرتهن غريباً له حل الراهن ، فإن حقه في الرهن يسقط ولا يكون رهناً للمحال له ، وكذا إذا أحوال البائع غريباً له حل المشتري بالتمن يسقط حقه في حبس العين المبيعة . ٢ - حل أن من كفل الدين المحال به كفالة شخصية أو عينية لا يكفل المحال عليه ، إلا إذا رضى الكفيل بالحوالة .

(وهذا النص حكمه يتفق مع حكم نص التقنين المصري . وسنعرض فيما يلي إلى الحالة التي يحول الدائن فيها حل مدينه ديناً في ذمة لدائن له ، فيحيل المرتهن غريباً له حل الراهن أو يحيل البائع غريباً له حل المشتري بالتمن ، وسنرى أن الحكم المنصوص عليه في الفقرة الأولى من المادة ٣٤٨ من التقنين المدني العراقي خاصاً بهذه الحالة ليس إلا تطبيقاً لقواعد العامة) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٢٨٨ : إن التأمينات العينية تبقى قائمة بعد انتقال الدين . أما التأمينات الشخصية فتسقط ، إلا إذا وافق المستولون على الاتفاق الذي عقد .

والنص ، كما نرى ، يعرض للنوعين من الضمانات : (١) الضمانات العينية
التي تأتي من جهة المدين الأصلي (٢) والضمانات الشخصية أو العينية التي يقدمها
كفيل من المدين الأصلي للدائن .

٣٣٣ - الضمانات العينية التي تأتي من جهة المدين الأصلي :

قد يكون المدين الأصلي قدم للدائن ضماناً للدين ، رهناً رسمياً أو رهناً حيازياً .
أو يكون الدين مضموناً بحق امتياز أو حق اختصاص يشغل عبئاً مملوكة للمدين .
فتقتل كل هذه الضمانات العينية مع الدين لمصلحة الدائن (١) .

= (وهذا النص حكمه يتفق في جلته مع حكم التقنين المصري ، إلا أن عبارة «التأمينات العينية»
الواردة في التقنين اللبناني واسعة ، فهي تشمل الكفيل العيني ، والكفيل العيني في التقنين
المصري لا يضمن المال عليه إلا إذا رضى بالحالة : انظر الدكتور صبحي محمصاني في انتفال
الالتزام في القانون المدني اللبناني ص ٥٥) .

(١) أما التقنين المدني الألماني ، فإن المادة ١٨٤ منه تقتضي بأن حوالة الدين تنهى الكفالة
ورهن الحيازة اللذين كانا يضمنان الدين قبل الحوالة . وإذا وجد رهن رسمي كان ضماناً للدين
قبل حوالاته ، فإن رضاء الدائن بالحوالة يكون بمثابة نزول منه عن هذا الرهن . ولكن هذه
الأسكام لا تسري إذا كان الكفيل الشخصي ، أو من كان مالكا وقت الحوالة لعين المرهونة
في الدين ، قد رضى بالحوالة . وإذا كان الدين امتيازاً للتقدم على غيره من الديون عند إفلاس
المدين ، فإن هذا الامتياز لا يجوز التمسك به في مال الحال عليه إذا أغلس - ويقول المحققون
على التقنين المدني الألماني في صدد هذا النص ما يأتي : ١ - إن الرهن الذي رتبته المدين على عين
مملوكة له ضماناً للمدين يبقى ضماناً له بعد الحوالة ، إذا كان المدين هو الذي عقد الحوالة مع الحال
عليه وأقرها الدائن . أما إذا كانت الحوالة قد تمت باتفاق بين الدائن والحال عليه ولم يشترك فيها
المدين ، فرفض الدائن بالحوالة مع عدم اشتراك المدين فيها يعد نزولاً منه عن الرهن . (٢) في حالة
ما إذا رتب المدين رهناً رسمياً على عقار مملوك له لضمان الدين ، ثم انتقلت ملكية العقار إلى
أجنبي (حائر العقار) قبل الحوالة ، فإن الرهن لا يكون ضماناً للمدين بعد الحوالة ، ولو
انقضت بالاتفاق مع المدين الأصلي ، إلا إذا رضى الحائر للعقار أيضاً بهذه الحوالة . ذلك أن
قبول الدائن للحوالة دون أن يرضى بها الحائر للعقار يعد بمثابة نزول من الدائن عن الرهن .
٣ - لا يضمن الكفيل ، شخصياً كان أو عينياً ، الدين بعد انتقاله بالحوالة إلى ذمة الحال عليه ،
إلا إذا رضى بهذه الحوالة . ٤ - حق الامتياز الذي يكون ضماناً للدائن قبل الحوالة ، ولو كان
حق امتياز عام ، لا ينتقل إلى مال الحال عليه بعد الحوالة . ذلك أن حق الامتياز السابقة يقررها
القانون للدين الممتاز ، فلا يصح أن يسبق الدائن الحال دائي المحصل عليه في مال هذا الأخير
بمقتضى أسبقية قررها القانون في مال آخر غير هذا المال . انظر في كل ذلك التعليقات على التقنين
المدني الألماني جزء أول م ٤١٨ ص ٦١٧ - ص ٦٢١ .

فإذا كان المدين الأصلي قدم عقاراً مرهوناً رهناً رسمياً أو عيناً مرهونة رهن حيازة ضماناً لدينه ، ثم تحول الدين إلى ذمة المحال عليه — سواء كان ذلك باتفاق المدين الأصلي مع المحال عليه وإقرار الدائن أو كان باتفاق مباشر بين الدائن والمحال عليه (١) — بقی هذا الدين مضموناً بالرهن الرسمي أو رهن الحيازة كما كان وهو في ذمة المدين الأصلي . ويصبح المدين الأصلي في هذه الحالة بمثابة

— وأما تقنين الالتزامات السويسري ، فنص المادة ١٧٨ منه ، على العكس من التقنين المدني الألماني ، بأن التأمينات التي كانت تضمن الدين قبل الحوالة تبقى ضامنة له بعدها ، ومع ذلك لا يكون التكفل ، شخصياً كان أو عينياً ، ضامناً للدين بعد حوالته إلا إذا رضى بالحوالة . ونرى من ذلك أن الأحكام التي تضمنها تقنين الالتزامات السويسري هي التي سار عليها التقنين المدني المصري .

ويقول الأستاذان شيرون ومحمد صادق فهمي في مقالهما في مجلة مصر المعاصرة : (١) إن التقنينين الألماني والسويسري يتقاربان في الواقع ، ولو أن كلا منهما أخذ بمبدأ يخالف المبدأ الذي أخذ به الآخر . ذلك أن كلا منهما أدخل من الاستثناءات على المبدأ الذي أخذ به ما جعل التقارب يحقق بين التقنينين . فالتقنين الألماني بدأ بتقرير أن التأمينات لا تنتقل ، ولكنه استثنى الرهن الذي رثه المدين على حين ملوكة له ثم رضى بالحوالة ، واستثنى كذلك التكفل ، شخصياً كان أو عينياً ، إذا رضى بالحوالة . والتقنين السويسري بدأ بتقرير أن التأمينات تنتقل ، ولكنه استثنى التكفل ، شخصياً كان أو عينياً ، إذا لم يرض بالحوالة . (٢) إن حق الامتياز العام الذي كان ضامناً للدين قبل الحوالة ينبغي أن ينتقل إلى مال المحال عليه بعد الحوالة ، ذلك أن الامتياز العام ليس إلا وصفاً للدين ، والحوالة تنقل الدين بالوصف الذي هو عليه . أنظر في كل ذلك مجلة مصر المعاصرة سنة ١٩٣١ ص ٥٦ و ص ٦٤ - ص ٦٥ .

ونرى مما تقدم أن الأحكام التي أخذ بها كل من تقنين الالتزامات السويسري والتقنين المدني المصري تختلف عن الأحكام التي أخذ بها التقنين المدني الألماني فيما يأتي : (١) الرهن الذي يربته المدين الأصلي على حين ملوكة له ضماناً للدين ، في التقنين الألماني ، لا يبقى بعد الحوالة ضامناً له إذا انقضت الحوالة باتفاق بين الدائن والمحال عليه دون اشتراك المدين الأصلي . أما في التقنينين المصري والسويسري ، فإن هذا الرهن يبقى ضامناً للدين . (٢) إذا انتقل العقار المرهون رهناً رسمياً في الدين إلى أجنبي (حائز للعقار) ، في التقنين الألماني ، فإن الرهن لا يضمن الدين بعد نوالته إلا إذا رضى الحائز للعقار بالحوالة . أما في التقنينين المصري والسويسري ، فإن هذا الرهن يبقى ضامناً للدين ولو لم يرض الحائز للعقار بالحوالة . (٣) حق الامتياز العام الذي كان يضمن للدين قبل حوالته لا ينتقل ، بنص صريح في التقنين الألماني ، إلى مال المحال عليه بعد الحوالة . ولا يوجد نص في هذه المسألة في أي من التقنينين المصري والسويسري .

(١) وقد رأينا أن التقنين المدني الألماني لا يحل الرهن في هذه الحالة ضماناً للدين بعد الحوالة إذا انقضت باتفاق بين الدائن والمحال عليه دون اشتراك المدين الأصلي .

كفيل عيني ، فان ذمته قد برئت من الدين بالحوالة ولكن ماله بقي مرهوناً لضمان الدين . وإذا انتقلت ملكية العين المرهونة إلى أجنبي ، فانها تبقى مثقلة بالرهن ضماناً للدين وهي في يد هذا الحائز للمغار (١) .

وإذا كان الدين المحال به قد صدر به حكم نهائي واستطاع الدائن أن يأخذ حق اختصاص على عقار للمدين ، ثم تحول الدين إلى المحال عليه ، فان حق الاختصاص يبقى ضماناً للدين على النحو الذي قدمناه في الرهن ، وتبرأ ذمة المدين الأصل من الدين بالحوالة ولكن عقاره المأخوذ عليه حق اختصاص يبقى مثقلاً بهذا الحق ضماناً للدين .

وإذا كان الدين المحال به مضموناً بحق امتياز ، بأن كان مثلاً ثمن مبيع ، وحول المشتري الثمن الذي في ذمته إلى مدين جديد ، فان الدائن يبقى محظوظاً بحق امتيازهِ على العين المبيعة وهي في يد المشتري ، كما في الرهن وحق الاختصاص ، ولو أن ذمة المشتري قد برئت من الدين (٢) .

كذلك يبقى الدائن محظوظاً بحقه في حبس العين المبيعة إذا لم يكن قد سلمها للمشتري ، إلى أن يستوفي الثمن من المحال عليه الذي انتقل الدين إلى ذمته . ويلحق هنا الحق في الحبس بالضمانات العينية ، وإن لم يكن هو نفسه ضماناً عينياً في التقنين المدني الجديد (٣) . وهذا الحكم قد ورد صراحة في الفقرة الأولى

(١) وقد رأينا أن التقنين المدني الألماني لا يجعل الرهن في هذه الحالة ضماناً للدين إلا إذا رضى الحائز للمغار بالحوالة .

(٢) أما إذا كان هناك حق امتياز عام ، كما امتياز المبالغ المستحقة للخدم والسكنى والعالم والمبالغ المستحقة عام تم توريده للمدين ولن يموله من مأكول ومليس ولتفتق المستحقة في ذمة المدين لأقاربه (م ١١٤١ مدني) ، فقد رأينا أن التقنين المدني الألماني (م ٤١٨) ينص صراحة على أنه لا ينتقل إلى مال المحال عليه بعد الحوالة ، ورأينا الأستاذين شبرون ومحمد صادق نهسي في مقالهم بمجلة مصر المعاصرة يذهبون إلى أن هذا الامتياز ينبغي أن ينتقل إلى مال المحال عليه . وإذا قلنا حق الامتياز العام على حقوق الامتياز الخاصة ، ولم نقل إن حق الامتياز العام هو مجرد وصف في الدين الممتاز ، وجب القول بأن هذا الحق لا ينتقل إلى مال المحال عليه ، ولكنه يبقى في مال المدين الأصل ، كما كان قبل الحوالة ، ضماناً للدين الذي انتقل إلى ذمة المحال عليه .

(٣) أنظر الوسيط الجزء الثاني فقرة ٦٣٩ .

من المادة ٣٤٨ من التقنين المدني العراقي (١).

٣٣٣ - الضمانات الشخصية أو العينية التي يقررها كفيل المهرين

للمرأى : وقد يكون الدين الحال به مكفولاً بشخص غير المدين الأصلي كفالة شخصية أو كفالة عينية ، بأن يكون للمدين كفيل شخصي ، أو كفيل عيني قدم رهناً لضمان الدين . وتنص الفقرة الثانية من المادة ٣١٨ مدني في هذه الحالة ، كما رأينا ، على أنه « لا يبقى الكفيل ، عينيّاً كان أو شخصيّاً ، ملتزماً قبل الدائن إلا إذا رضى بالحالة » .

(١) انظر نص هذه المادة آنفاً فقرة ٣٣١ في الهامش — وقد ورد في آخر الفقرة الأولى من هذه المادة العبارة الآتية : « أما إذا أحال المتهن غريباً له حل الراهن ، فإن حقه في الرهن يسقط ولا يكون رهناً للمحال له ، وكذلك إذا أحال البائع غريباً له حل المشتري بانئن يسقط حقه في حبس العين المبيعة » . وواضح أن الحوالة هنا حوالة دين لا حوالة حق ، ولو كانت حوالة حق لما سقط حق الرهن أو الحق في حبس العين المبيعة . في حالة الدائن المتهن ، المفروض أن لهذا الدائن غريباً أي دائئاً ، فأراد أن يوفيه حقه ، فوفاه بإياه عن طريق إحالته على مدينة الراهن . وهذه حوالة دين ، فإن الدائن المتهن نقل الدين الذي في ذمته إلى ذمة مدينة الراهن في مقابل الدين الذي له في ذمة هذا المدين وهو الدين المضمون بالرهن ، فانقضى الدين المضمون بالرهن قصاصاً وسقط الرهن تبعاً لذلك . وبرئت ذمة الدائن المتهن من الدين الذي كان في ذمته لدائئه . وأصبح هذا الدائن الأخير دائئاً لمدين الراهن ، ولكن لا بالدين المضمون بالرهن فهذا الدين قد انقضى كما قلنا ، بل بالدين الذي كان في ذمة الدائن المتهن ثم حول إلى ذمة المدين الراهن ، ومن ثم لا يكون هذا الدين مضموناً بالرهن — وهذا هو الأمر في حالة البائع الذي أحال غريبه على المشتري بانئن ، فقد نقل البائع الدين الذي في ذمته لغريبه إلى ذمة المشتري في مقابل الثمن الذي له ، فسقط الثمن قصاصاً وانقضى يسقطه الحق في حبس العين المبيعة . وأصبح دائن البائع هو الدائن للمشتري ، ولكن لا بدين الثمن الذي كان البائع قد سقط هذا الدين كما قلنا ، بل بالدين الذي كان في ذمة البائع لدائئه وقد حول البائع إلى ذمة المشتري .

ويتبين في وضوح مما تقدم أنه لا شك في أن الحوالة التي نحن بصددها هي ، كما سبق القول ، حوالة دين لا حوالة حق . وقد ظن الأستاذ حسن الذنون (أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ٢٢٣) أنها حوالة حق ، فقال عند الكلام في الفقرة الأولى من المادة ٣٤٨ عراق ما يأتي : « على أن هذه الفقرة تقرر في قسمها الأخير بأنه إذا أحال الدائن المتهن غريباً له حل الراهن فإن حقه في الرهن يسقط ولا يكون رهناً للمحال له ، وكذلك إذا أحال البائع غريباً له على المشتري فقد سقط حقه في حبس العين المبيعة . وواضح جداً ألا علاقة لهذه الأضلة بحوالة الدين ، فهي حوالة حق . وهذا مظهر من مظاهر الخلط والارتباك الذين وقع فيهما المشرع العراقي . كثيراً عندما حاول التوفيق بين فقه القانون المدني وفقه الشريعة الإسلامية » (انتهى فاصل ١)

وهذا الحكم طبعى ، فان الكفيل ، ولو كان عينيا ، أجنبي عن الحوالة . وهو إنما رضى بكفالة المدين الأصلي بالذات ، كفالة شخصية أو كفالة عينية . فاذا تحول الدين إلى ذمة شخص آخر غير المدين الأصلي ، أى إلى الحال عليه ، وجب أن يرضى الكفيل بهذه الحوالة أيضاً حتى يعتبر كفيلاً لشخص غير للمدين الأصلي الذى رضى أن يكفله .

ويستوى فى ذلك أن يكون الكفيل متمتعاً بحق تجريد المدين الأصلي أو محروماً من هذا الحق ، وأن يكون غير متضامن مع المدين الأصلي أو متضامناً معه . ولا يعترض على ذلك بأن الكفيل ، فى حالى الحرمان من حق التجريد والتضامن ، يمكن الرجوع عليه قبل الرجوع على المدين الأصلي ، فلم يعد بعينه شخص هذا المدين مادام الدائن يستطيع أن يتخطاه وأن يرجع على الكفيل أولاً . فان هذا الاعتراض يمكن دفعه بأن الكفيل ، حتى إذا جاز الرجوع عليه أولاً ، لا يزال معتمداً على شخص المدين الأصلي ، لأنه إن دفع الدين كان له الرجوع به على هذا المدين ، فيبقى شخصه هاماً بالنسبة إليه ، ولا يجوز أن يتغير عليه عن طريق الحوالة إلا إذا رضى بذلك (١) .

ويدعو هذا إلى بحث نوع من الكفالة الشخصية هو التضامن . فلو فرضنا

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « لما كانت حوالة الدين تقتصر على إبدال المدين مع بقاء الدين ذاته ، فن الطبعى أن يظل ما يتبع هذا الدين من التامينات ملحقاً به ... بيد أن كفيل المدين الأصلي ، شخصياً كان أو عينياً ، قد لا يرضى كفالة المدين الجديد ، كما لو كان أقل ملاءة . ولهذا حث المشروع بمحايته ، فاشتراط فى الفقرة الثانية من المادة ٤٥١ (م ٣١٨ م) رضائه بالحوالة ، وإلا برئت ذمته من الكفالة . وقد يقال إن تنازل الكفيل عن حق التجريد يفيد أنه ارتضى أن توجه إليه المطالبة قبل توجيهها إلى المدين ، وأنه لم يطلق أهمية خاصة على شخص المدين وملاءته ، وبهذا تتفق ضرورة اشتراط رضائه بالحوالة لبقاء الكفالة . بيد أنه يراعى أن الكفيل لا يكتفى بمحمداً على ثقته بوفاء الدين من ماله فحسب ، بل وحل ثقته فى قيام هذا المدين بالوفاء عند حلول الأجل وانتفاء الحاجة إلى الرجوع عليه تفريراً على ذلك . فطلة الكفالة ، والحال هذه ، هى الثقة للشخصية ، وهذه لا تتأثر فى قليل أو كثير بالنزول من حق التجريد . وصفاً القول أن التزام الكفيل لا يظل قائماً فى جميع الأحوال إلا إذا رضى بالحوالة . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٥٢ - ص ١٥٣) . وينسب إلى ما جاء فى المذكرة الإيضاحية ما قدمناه أن الكفيل يتعهد فى كل حال على ما له من حق الرجوع على المدين الأصلي ، فنحن هذا المدين له أكبر الأثر فى قبوله الكفالة .

أن المدين الأصلي الذي حول دينه إلى مدين جديد كان معه مدينون متضامنون في هذا الدين ، فهل يبقى هؤلاء المدينون متضامين مع المدين الجديد (المحال عليه) كما كانوا متضامين مع المدين الأصلي ؟ لاشك في أنهم إذا رضوا بالحوالة أصبحوا متضامين مع المدين الجديد ، وسرت الحوالة في حقهم لرضائهم بها . أما إذا لم يرضوا بالحوالة ، فيبدو أنها لا تسرى في حقهم فيما يضرهم ويستطيعون التمسك بها فيما ينفعهم ، تطبيقاً لمبدأ أسامي قررناه في التضامن . فإذا طالب الدائن أحدهم بالدين ، كان لهذا المدين أن يدخل المحال عليه في الدعوى للحكم عليه بحصته في الدين . وإذا وفي هذا المدين الدين كله للدائن دون أن يدخل المحال عليه في الدعوى ، ورأى أن المدين الأصلي أكثر ملاءة من المحال عليه ، كان له أن يرجع عليه هو - لا على المحال عليه - بحصته في الدين (١) .

المبحث الثالث

انتقال الدين إلى المحال عليه بدفوعه

٣٣٤ - النصوص القانونية : تنص المادة ٣٢٠ من التقنين المدني على ما يأتي :

« للمحال عليه أن يتمسك قبل الدائن بالدفوع التي كان للمدين الأصلي أن يتمسك بها . كما يجوز له أن يتمسك بالدفوع المستمدة من عقد الحوالة (٢) .

(١) أما إذا حول الدائن حقه قبل أحد المدينين المتضامين إلى محال له واستبقى المدينين الباقين ، فقد قدما أنه يصبح هو والمحال له ، بالنسبة إلى هؤلاء المدينين ، دائنين بالتضامن ، حل قرار المدينين بالتضامن (انظر آتفا فقرة ١٢٧ في الهامش) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٤٥٣ من المشروع التمهيلي على الوجه الآتي :

« ١ - المحال عليه أن يتمسك قبل الدائن بما كان للمدين الأصلي من دفوع متعلقة بذات الدين ، وليس له أن يتمسك بما كان منها خاصاً بشخص المدين ، وإنما يجوز له أن يتمسك بالدفوع الخاصة بشخصه هو . ٢ - وله أيضاً أن يتمسك قبل الدائن بأوجه الدفع المستفادة من الرابطة القانونية التي كانت تربطه بالمدين الأصلي إذا كانت تلك الرابطة هي السبب في حوالة الدين وكان الدائن يعلم ذلك » . وفي لجنة المراجعة أدخلت تعديلات في الفقرة الأولى فجعل المعنى أدق ، =

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق الذي لم ينظم حوالة الدين كما مر .
ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى: في التقنين المدني السوري
المادة ٣٢٠ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٣٠٧ - وفي التقنين المدني العراقي
المادة ٣٤٩ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٢٨٩ (١) .
ونستعرض في هذا الصدد: (١) الدفوع التي كان للمدين الأصلي أن يتمسك
بها (٢) الدفوع المستمدة من عقد الحوالة (٣) الدفوع المستمدة من العلاقة
ما بين المدين الأصلي والمحال عليه .

٣٣٥ - الدفوع التي لا للمدين الأصلي أن يتمسك بها: لما كان
الدين الذي ينتقل إلى ذمة المحال عليه هو نفس الدين الذي كان في ذمة المدين
الأصل، وقد أصبح المحال عليه خلفاً للمدين الأصلي في هذا الدين ، فانه يترتب
على ذلك أن جميع الدفوع التي كان للمدين الأصلي يستطيع أن يدفع بها هذا الدين
يجوز للمحال عليه أن يتمسك بها قبل الدائن .

= وحذفت الفقرة الثانية لعدم ضرورتها ، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني
الجديد ، وصار رقمه ٣٢٢ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت
رقم ٣٢٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٤٨ - ص ١٤٩ و ص ١٥٦) .
(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٣٢٠ (مطابقة المادة ٣٢٠
من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني الليبي م ٣٠٧ (مطابقة المادة ٣٢٠ من التقنين المدني المصري) .
التقنين المدني العراقي م ٣٤٩ : للمحال عليه أن يتمسك قبل المحال له بما كان له حيل من
دفوع متعلقة بذات الدين ، وليس له أن يتمسك بما كان من الدفوع خاصاً بشخص المحيل ،
ولأنما يجوز له أن يتمسك بما كان خاصاً بشخصه هو . (وهذا النص يطابق نص المشروع النهائي
من التقنين المدني المصري في فقرته الأولى ، ويتفق في الحكم مع التقنين المدني المصري - انظر
الأستاذ حسن الفنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ٢٣٥) .
تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٢٨٩ : إن أسباب الدفع ووسائل الدفاع الملازمة للدين
تنتقل من المدين إلى من ألزم الدين . أما الوسائل المختصة بشخص المدين السابق ، فلا يحق
للمدين الجديد أن يتلوه بها ، بل يحق له أن يدلي بأسباب الدفع ووسائل الدفاع المختصة بشخصه
(وهذا النص يتفق في الحكم مع نص التقنين المصري - انظر الأستاذ صبحي عمصاني في انتقال
الالتزام في القانون المدني اللبناني ص ٥٢ - ص ٥٩) .

وهذه الدفوع كثيرة متنوعة ، منها ما يرجع إلى بطلان الدين ، ومنها ما يرجع إلى فسخه ، ومنها ما يرجع إلى انقضائه .

فمن أوجه البطلان أن يكون الدين ناشئاً من عقد باطل لسبب يرجع إلى التراضي ، أو يرجع لعدم توافر الشروط اللازمة في المحل ، أو يرجع لعدم مشروعية السبب . أو يكون الدين ناشئاً من عقد قابل للإبطال بسبب نقص الأهلية أو بسبب الغلط أو التدليس أو الإكراه أو الاستغلال . ولكن يلاحظ أنه إذا كان الدين ناشئاً من عقد قابل للإبطال بسبب نقص الأهلية ، فمن ناحية قد يكون هذا الدفع شخصياً للمدين الأصلي وليس للمحال عليه أن يتمسك بدفع خاص بشخص المدين الأصلي (١) ، ومن ناحية أخرى أن الحوالة إذا انعقدت باتفاق بين المدين الأصلي والمحال عليه فقد يعتبر انعقادها برضاء المدين الأصلي إجازة للبطلان المستمد من نقص الأهلية . كذلك إذا كانت أوجه البطلان راجعة إلى الغلط أو التدليس أو الإكراه أو الاستغلال ، وعلم المدين الأصلي بسبب البطلان ، وبالرغم من علمه هذا اتفق على الحوالة مع المحال عليه ، فإن هذا الاتفاق قد يعتبر إجازة ضمنية لسبب البطلان . أما إذا كانت الحوالة قد انعقدت باتفاق بين الدائن والمحال عليه ، وكانت هناك أوجه البطلان ترجع إلى عيوب في إرادة المدين الأصلي ، فإنه لا يمكن القول في هذه الحالة أن الحوالة - ولم يكن المدين الأصلي طرفاً فيها - تعتبر إجازة ضمنية للبطلان ، بل يجوز للمحال عليه أن يتمسك من هذه الأوجه بما كان يستطيع المدين الأصلي أن يتمسك به . وكذلك لو كان وجه البطلان نقصاً في أهلية المدين الأصلي ، وتمت الحوالة باتفاق بين الدائن والمحال عليه دون تدخل المدين الأصلي ، فلم يكن المحال عليه وقت الحوالة عالماً بنقص الأهلية حيث يمكن القول إنه قد تزل بقبوله الحوالة عن التمسك بهذا الدفع ، فإنه يبدو أن المحال عليه يستطيع أن يتمسك قبل الدائن بنقص أهلية المدين الأصلي ، وإن كان هناك رأى يلعب

(١) انظر المشروع التمهيدى لنص المادة ٣٢٠ وانظر تاريخ هذا النص آتفاً فقرة ٣٣٤ في الحاشي - وهذا ما يقضى به تقنين الالتزامات السومري (م ٢/١٧٩) بخلاف التقنين المدني الألماني (انظر في ذلك مقال الأستاذين شيرون ومحمد صادق فهمي في مجلة مصر المعاصرة سنة ١٩٣١ ص ٦٣ - ص ٦٤) .

إلى أن الدفع بنقص الأهلية خاص بشخص المدين الأصلي فلا يجوز للمحال عليه أن يتمسك به في أية حال .

ومن الدفع ما يرجع إلى فسخ الدين . ويتحقق ذلك مثلاً إذا كان الدين المحال به ثمتاً في عقد بيع تم بين الدائن والمدين الأصلي ، ثم لم يسلم الدائن المبيع إلى المدين الأصلي . فإن هذا المدين كان له - لو بقي الثمن في ذمته ولم يحل به على غيره أن يدفع بالمطالبة بفسخ البيع ، وكذلك يستطيع المحال عليه أن يطالب بفسخ البيع مكانه (١) .

ومن الدفع أخيراً ما يرجع إلى انقضاء الدين . فقد يكون الدين انقضى بالوفاء ، ويتحقق ذلك إذا كانت الحوالة قد تمت باتفاق بين الدائن والمحال عليه دون تدخل المدين الأصلي ويكون هذا قد وفى بالدائن ، فيجوز للمحال عليه أن يتمسك قبل الدائن بانقضاء الدين عن طريق الوفاء . ومثل الوفاء التجديد واستحالة الوفاء والإبراء والتقادم . أما المقاصة التي تكون بين الدين المحال به ودين للمدين الأصلي في ذمة الدائن ، فالظاهر أن المحال عليه في إحدى صورتى الحوالة لا يستطيع أن يتمسك بها قبل الدائن ، ويستطيع التمسك بها في الصورة الأخرى . ذلك أن المقاصة لا تقع إلا إذا تمسك بها المدين الأصلي (٣٦٥ مدين)، ويجوز له النزول عن التمسك بها . فإذا كان هو الذى عقد الحوالة مع المحال عليه ، فهذا دليل على أنه لا يريد التمسك بالمقاصة ، فحول الدين الذى في ذمته إلى المحال عليه ليطالب بالدين الذى له في ذمة الدائن ، فلا يجوز في هذه الصورة أن يتمسك المحال عليه بالمقاصة بعد أن نزل عنها المدين الأصلي . أما إذا كانت الحوالة قد انعقدت باتفاق بين الدائن والمحال عليه قبل أن يتمسك المدين الأصلي بالمقاصة ، فيبدو لنا أن المحال عليه يستطيع في هذه الصورة أن يتمسك بالمقاصة كما يستطيع المدين الأصلي أن يتمسك بها ، إذ أن كلا منهما لمصلحة في ذلك (٢) .

(١) ويستطيع المشتري كذلك أن يدفع بوقف تنفيذ العقد ، فيجوز للمحال عليه أن يدفع بلك هو أيضاً ، إلا إذا قيل إن الدفع بوقف التنفيذ دفع خاص بشخص المدين .

(٢) أما التقنين المذى الألمانى ، فيقضى بنص صريح (٤١٧ م) ، بأن المحال عليه لا يستطيع أن يتمسك بالمقاصة التي كان المدين الأصلي يستطيع أن يتمسك بها ، وذلك لأن المقاصة ، في هذا التقنين لا تقع إلا بإعلان من الإرادة كما سيأتى (انظر التعليقات على التقنين المذى الألمانى -

وهذا ما لم يكن الحال عليه يعلم بسبب المقاصفة وقت أن قيل الحوالة ، فقد يستخلص من هذا العلم أنه نزل بذلك عن التمسك بالمقاصفة . ولكن هذا لا يمنع المدين الأصلي من التمسك بها ، فإذا ما فعل أمكن الحال عليه بعد ذلك أن يدفع بسقوط الدين بالمقاصفة .

هذا وقد كان المشروع التمهيلي (م ١/٤٥٣ من هذا المشروع) ينص على أن « للمحال عليه أن يتمسك قبل الدائن بما كان للمدين الأصلي من دفع متعلقة بذات الدين ، وليس له أن يتمسك بما كان منها خاصاً بشخص المدين ، وإنما يجوز له أن يتمسك بالدفع الخاصة بشخصه هو » (١) . وبالرغم من تعديل هذا النص ، فإن الأحكام التي وردت فيه صحيحة . وقد رأينا أنه لا يجوز

« جزء أول م ٤١٧ ص ٦١٥) - وهذا هو الحكم أيضاً في القانون السويسري ، دون أن يرد نص صريح بذلك في تفتين الالتزامات السويسري كما ورد في التفتين المدنى الألماني (انظر في هذا المدنى مقال الأستاذين شيرون وعبد صادق فهمي في مجلة مصر المعاصرة سنة ١٩٣١ ص ٦٣) . وقد رأينا ، في حوالة الحق ، أن الفقرة الثانية من المادة ٣٦٨ مدنى تقضى بأنه « إذا كان المدين لم يقبل الحوالة ولكن أعلن بها ، فلا تتمعه هذه الحوالة من أن يتمسك بالمقاصفة » . ويظهر الفرق واضحاً في هذه المسألة بين حوالة الحق وحوالة الدين فيما لو كانت حوالة الدين قد انعقدت باتفاق بين المدين الأصل والمحال عليه ، فإن المدين في حوالة الدين رضى بالحوالة فنزل عن المقاصفة كما قلنا ، أما المدين في حوالة الحق فلم يقبل الحوالة ولكن أعلن بها فلا يمكن القول هنا بأنه نزل عن المقاصفة كما أمكن القول بذلك في حوالة الدين . بقيت الحالة التي تنعقد فيها حوالة الدين باتفاق بين الدائن والمحال عليه دون تدخل من المدين الأصل ، فإن المدين الأصل في هذه الحالة لم يقبل الحوالة حتى يفترض أنه قد نزل بهذا القول عن المقاصفة . وقد قلنا أن المحال عليه يستطيع في هذه الحالة أن يتمسك بالمقاصفة لأن له مصلحة في ذلك . وكذلك المدين الأصل يبقى محتفظاً بحقه في التمسك بالمقاصفة . فإذا تمسك بها سقط للدين الذي كان في ذمته الدائن قصاصاً في الدين الذي كان في ذمة الدائن له ، وذلك بأثر رجعى من وقت تلاقى الدينين أى في وقت سابق على الحوالة . فيستطيع المحال عليه من هذا الطريق أيضاً أن يدفع بسقوط الدين بالمقاصفة إذا طالبه به الدائن ، ويمنع عليه الرجوع بشئ على المدين الأصل لأنه لم يدفع شيئاً لحسابه ، وهذه هي المصلحة التي تدفع المدين الأصل إلى التمسك بالمقاصفة . ونحن في هذا الرأي الذي نقول به إنما نفيس المدين الذي يتمسك بالمقاصفة بعد حوالة دينه على المدين الذي يتمسك بالمقاصفة بعد تقادم حقه (انظر م ٣٦٦ مدنى) ، فكلأهما يتمسك بالمقاصفة في دين أو حق قد سقط عنه - الدين بالحوالة والحق بالتقادم - مادام التلاقى يخلق أو الدين المقابل قد تم في وقت سابق على هذا السقوط .

(١) انظر تاريخ نص المادة ٣٢٠ مدنى آنفاً فقرة ٣٣٤ في المالحش .

للمحال عليه أن يتمسك بالدفع الخاصة بشخص المدين الأصلي ، كالدفع باتحاد الزمة أو بالحق في الحبس (١) ، وكالدفع بنقص الأهلية وبوقف تنفيذ العقد في رأى . أما الدفع الخاصة بشخص المحال عليه ، فيستطيع هذا بداهة أن يتمسك بها ، ومن ثم يستطيع المحال عليه أن يتمسك قبل الدائن بمقاصة وقعت بين الدين المحال به ودين له في ذمة الدائن ، كما يستطيع أن يتمسك باتحاد الزمة بينه وبين الدائن (٢) .

٣٣٦ - **الدفع المستمرة من عقد الحوالة**: كذلك للمحال عليه أن يتمسك قبل الدائن بجميع الدفع المستمدة من عقد الحوالة . ذلك أن الحوالة ، كما رأينا إما أن تتم باتفاق من المدين الأصلي والمحال عليه ، وإما أن تتم باتفاق بين الدائن والمحال عليه .

فإن تمت باتفاق بين المدين الأصلي والمحال عليه ، ثم أقرها الدائن ، فإن حق الدائن في مطالبة المحال عليه بالدين مستمد من هذا الاتفاق الذي أقره . فإن كان للمحال عليه دفع مستمد من هذا الاتفاق ، فمن حقه أن يتمسك به قبل الدائن . مثل ذلك أن يدفع المحال عليه ببطلان الحوالة لانعدام التراضي ، أو لعدم مشروعية المحل بأن كان الدين المحال به دين قمار مثلاً ، أو لعدم مشروعية السبب بأن قبل الحوالة مثلاً لاستدامة علاقة جنسية غير مشروعة . ومثل ذلك أيضاً أن يطالب المحال عليه بإبطال الحوالة لنقص أهليته أو لعيب

(١) وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتى : « وعلى نفى ذلك لا يجوز للمحال عليه أن يتمسك بالدفع الخاصة بشخص الأصل ، كالدفع باتحاد الزمة أو بالحق في الحبس . وقد يقصد إظهار الأصل شخصياً بالإبراء من الدين أو بامتداد الأجل وعندئذ يمنع التمسك بها على المحال عليه » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٥٤) .

(٢) وقد يقال إنه مادامت الحوالة لا تنعقد في كل من صورتها إلا برضاء المحال عليه ، وما دام المحال عليه قد رضى بأن يتحول الدين إل ذمته ، فإنه يكون قد أقر بوجود الدين ، فينبى أن يرتبط بهذا الإقرار ، ومن ثم لا يجوز له التمسك بأى دفع ولو كان متعلقاً بذاة الدين وغير خاص بشخص المدين . وهذا اعتراض يمكن دفعه بأن رضاء المحال عليه بالحوالة إنما ينصرف إلى قبوله بحمل الدين في حدود التزام المدين الأصلي به ، فإذا قبل أن يلتزم إلى مدى أبعد من هذه الحدود ، وجب أن يكون ذلك باتفاق خاص (انظر في هذا المعنى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٥٤ - التعليقات على التفتين المدنى الألماني جزء أول م ١٤٧ ص ١١٤)

وقع في إرادته ، أو أن يطالب بانعدام الحوالة إذا كانت معلقة على شرط فاسخ تحقق أو شرط واقف لم يتحقق .

وإن تمت الحوالة باتفاق بين الدائن والمحال عليه ، فمن باب أولى يجوز للمحال عليه أن يتمسك قبل الدائن - الذى كان طرفاً فى العقد - بجميع العيوب التى تلحق هذا الاتفاق ، من تراض معدوم ، أو محل غير مشروع ، أو سبب غير مشروع ، أو نقص فى الأهلية ، أو عيب فى الإرادة ، أو تحقق شرط فاسخ ، أو عدم تحقق شرط واقف .

٣٣٧ - الدفوع المستمدة من المعرفه ما بين المدين الأصلي

والمحال عليه : يحدث كثيراً أن يكون سبب الحوالة موجوداً فى العلاقة التى تقوم ما بين المدين الأصلي والمحال عليه . مثل ذلك أن يبيع شخص عقاراً مرهوناً رهناً رهنياً إلى آخر ، وفى عقد البيع ذاته يحول إلى المشتري الدين المضمون بالرهن حتى ينتقل إليه مع العقار المرهون (٣٢٢ مدنى) . ومثل ذلك أيضاً أن يبيع صاحب المتجر متجره ، ويحول إلى المشتري فى عقد البيع ذاته الدينون التى على المتجر . فالمحال عليه فى هذين المثالين هو المشتري : مشتري العقار المرهون أو مشتري المتجر . وعلاقته بالمدين الأصلي - وهو البائع - يحددها عقد البيع : بيع العقار أو بيع المتجر . وفى هذه العلاقة بالذات يقوم سبب الحوالة ، فلولا البيع لما كانت الحوالة . فإذا فرضنا أن البيع قد فسخ لسبب يقتضى الفسخ ، بأن أخل البائع بأحد التزاماته مثلاً ، فهل يستطيع المشتري المحال عليه أن يتمسك قبل الدائن بفسخ البيع ، فيمتنع عن دفع الدين المحال به الذى ما كان ليقبل نقله إلى ذمته لولا أنه اشترى العقار المرهون أو المتجر ؟

تجيب الفقرة الثانية من المادة ٤٥٣ من المشروع التمهيدى - وهى أصل المادة ٣٢٠ مدنى - على هذا السؤال بما يأتى : « وله (أى للمحال عليه) أيضاً أن يتمسك قبل الدائن بأوجه الدفع المستفادة من الرابطة القانونية التى كانت تربطه بالمدين الأصلي ، إذا كانت تلك الرابطة هى السبب فى حوالة الدين وكان

الدائن يعلم ذلك» (١). ويستخلص من مفهوم هذا النص أن الدائن إذا كان يعلم وقت الحوالة أن المحال عليه ما كان ليقبل الحوالة لولا أنه اشترى العقار المرهون أو اشترى المتجر ، فإنه يكون من حق المحال عليه عندئذ أن يتمسك قبله بفسخ البيع ، فيمتنع عن الوفاء له بالدين المحال به . وبمقتضى مفهوم العكس ، إذا لم يكن الدائن قد علم وقت الحوالة بهذا السبب ، لم يجوز للمحال عليه أن يتمسك قبله بفسخ البيع ، بل يبقى ملتزماً أن يفي بالدين المحال به بالرغم من هذا الفسخ ، وله الرجوع على المدين الأصلي بما يدفع للدائن (٢) .

وهذا هو الحكم الذى نرى الأخذ به فى هذه المسألة الدقيقة . وإذا كانت الفقرة الثانية من المادة ٤٥٣ من المشروع التمهيدي ، وهى النص الذى نستمد

-
- (١) انظر تاريخ نص المادة ٣٢٠ على آلفاً فقرة ٣٣٤ فى الماخذ .
- (٢) وقد ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي فى هذا الصدد ما يأتى : « وقد عرضت الفقرة الثانية من المادة ٤٥٣ لحكم حوالة الدين من حيث إمكان اعتبارها تصرفاً قانونياً مجرداً ينزل من سببه ، كما هو الشأن فى حوالة الحق . ويراعى أن وجه الحكم بين لا سبيل إلى الشك فيه متى انقضت حوالة الدين بين الدائن والمحال عليه مباشرة بمنزل من الأصل . فالواقع أن الحوالة تكون فى هذه الحال مستقلة كل الاستقلال من رابطة المدين الأصلي بالمدين الجديد ، ولا يكون المحال عليه أن يحجج على الدائن بأوجه الدفع المستفادة من الرابطة القانونية التى كانت تربطه بالمدين الأصلي . ولكن وجه الحكم يختلف عن ذلك متى كانت هذه الرابطة قد قامت مقام السبب من الحوالة ، كما هو الشأن فى بيع على تجارى أو بيع عقار مع حوالة الديون المضمونة برهون عقارية على المشتري ، فإن الحوالة تعتبر شقاً من البيع . وغنى عن البيان أن هذه الحالة تختلف كل الاختلاف من حالة انقضاء الحوالة بين الدائن والمحال عليه مباشرة ، إذ أن هذا التصاقد مستقل من كل وجه من علاقة المحال عليه بالمدين الأصلي . أما الحالة الثانية فيعرض فيها وضع مركب ، فملفات المدينين هى التى تعتبر سبباً قانونياً لالتزام المحال عليه قبل الدائن . ولرقليل بغير ذلك لندر أن يتصدى شخص لتحمل دين من شخص آخر فى مثل هذه الحالة . وللمحال عليه وفقاً لنص الفقرة الثانية من المادة ٤٥٣ ، أن يحجج على الدائن بالدفع بعدم الوفاء استناداً إلى تخلف الأصل من الوفاء بالتزامه فى بيع عقد بينهما ، وله كذلك أن يحجج عليه بالتقابل فى هذا البيع . حل لانه يشترط لتسلك بمثل هذه الدفوع أن يكون الدائن - والمفروض أنه يظل بمنزل من الحوالة - قد علم بشروطها . وليس ينبغي أن ينيب عن البال أن هذه القاعدة مفسرة أو متممة فلفصاقدن مله الخيار فى الخروج عليها .. ويراعى من ناحية أخرى إنه إذا خصص دين كان المحال عليه ملتزماً به قبل المدين الأصلي ، وكان هذا الدين باطلاً ، فلا يكون المحال عليه ملتزماً قبل الدائن بأكثر من التزامه قبل المدين الأصلي ، ويكون له أن يتمسك قبل الدائن بطلان دينه قبل المدين الأصلي (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٥٤ - ص ١٥٥) .

منه هذا الحكم ، قد حذفت في لجنة المراجعة ، فهي لم تختلف لأن الحكم المستمد منها غير صحيح ، بل لعدم ضرورتها (١) ، إذ يغنى عنها تطبيق القواعد العامة . وإذا رجعنا إلى القواعد العامة في نظرية السبب ، رأينا أن سبب الجعالة فيما قدمناه من الأمثلة ، أى الباعث الذى دفع المحال عليه إلى قبول الجعالة ، هو شراؤه للعقار المرهون أو للمتجر ، وهو سبب فرضنا أن الدائن يعلم به . فإذا فسخ بيع العقار أو المتجر ، انعدم السبب ، وبطلت الجعالة . ولا يمكن أن نجرد التزام المحال عليه من سببه ، فيكون التزاماً مجرداً (obligation abstraite) ، إلا بنص صريح . وهذا النص قد وجد في كل من التقنين المدنى الألمانى (م ٤١٧) وتقنين الالتزامات السويسرى (م ١٧٩) ، فكان التزام المحال عليه في هذين التقنينين التزاماً مجرداً ، ولا يستطيع المحال عليه أن يتمسك قبل الدائن بالدفع المستمدة من العلاقة بينه وبين المدين الأصلى والتي كانت سبباً لالتزامه (٢) . أما في التقنين المدنى المصرى ، فلا يوجد نص بهذا المعنى . بل كان قد وجد نص بعكسه ، ولم يحذف هذا النص إلا لعدم الحاجة إليه ، واكتفاء بتطبيق القواعد العامة . وقد رأينا أن تطبيق هذه القواعد في نظرية السبب يؤدى إلى الحكم الذى نقول به (٣) .

(١) انظر مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٥٦ - وانظر تاريخ نص المادة ٣٢٠ مدنى آنفاً فقرة ٣٣٤ فى الهامش .

(٢) فإذا اشترى شخص داراً ، وتحمل في عقد البيع بدين على البائع كان هذا قد اقترضه من آخر ، فإن المشتري المحال عليه يستطيع في التقنين المدنى الألمانى ، أن يحتج على الدائن المقرض بالدفع المستمدة من عقد القرض وهو مصدر الدين المحال به ، ولكنه لا يستطيع أن يحتج على هذا الدائن بالدفع المستمدة من الرابطة التى قامت بينه وبين المدين الأصلى ، وهى رابطة البيع ، فلا يجوز مثلاً أن يحتج على الدائن المقرض بسبب خفى في الدار المبيعة (مقال الأستاذين شيرون ومحمد صادق فهى في مجلة مصر المعاصرة سنة ١٩٣١ ص ٥٥ - وانظر فيما يتعلق بتقنين الالتزامات السويسرى مثل ذلك أيضاً في نفس المقال ص ٦٤) .

وانظر في التقنين المدنى الألمانى التطبيقات على هذا التقنين جزء أول م ٤١٧ ص ٦١٥ - ص ٦١٦ .

(٣) وهذا بخلاف الإنابة في الوفاء (délégation) ، ففسرى أن المناب لا يحتج على المناب لديه بالدفع التى يستطيع أن يحتج بها على المنيب ، فالإنابة تصرف مجرد في هذه الناحية ، وذلك -

الفرع الثاني

علاقة الدائن بالمدين الأصلي

٣٣٨ - النصوص القانونية: تنص المادة ٣١٩ من التقنين المدني على ما يأتي :

« يضمن المدين الأصلي أن يكون الحال عليه موسراً وقت إقرار الدائن الحوالة ، ما لم يتفق على غير ذلك » (١) .

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، إذ لم ينظم هذا التقنين حوالة الدين كما قلنا .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٣١٩ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٣٠٦ - وفي التقنين المدني العراقي

= بموجب نص صريح ورد في القانون هو المادة ٣٦١ مدني (أنظر فقرة ٥٢٤ فيما يلي) . وقد فرصنا في الأمثلة التي قلناها أن حوالة الدين انعدت باتفاق بين المدين الأصلي والحال عليه ثم أقرها الدائن ، فأمكنه بذلك أن يحصل بالسبب الذي ألزم من أجله الحال عليه بتحمل الدين ، وأن يعلم به . أما إذا كانت الحوالة قد انعدت باتفاق بين الدائن والحال عليه دون اشتراك المدين الأصلي ، فلا مناس من القول بأن العلاقة التي تربط المدين الأصلي بالحال عليه لا شأن لها بهذا الاتفاق ، بل هي أجنبية عنه ، فلا يجوز إذن المحال عليه أن يمتنع عن الدائن بدفع الحال له هذه العلاقة . وهذا هو الحكم أيضاً في حوالة الحق ، فإن الحال عليه لا يمتنع عن المحال له بدفع مستمدة من العلاقة التي تقوم بين الحال له والحال : أنظر آنفاً فقرة ٢٩٥ . وأنظر في كل ذلك ما سبق أن أوردناه من المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيلي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٥٤ - ص ١٥٥ - وأنظر آنفاً فقرة ٣٣٧ في الهامش .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٤٥٤ من المشروع التمهيلي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٣١ من المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٣١٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٤٧ - ص ١٤٨) .

المادتين ٣٥٧ - ٣٥٨ - ولا مقابل له في تقنين الموجبات والعقود البنائي (١) .
ويمكن تلخيص العلاقة ما بين الدائن والمدين الأصلي في مسألتين : (١) براءة

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري : م ٣١٩ (مطابقة المادة ٣١٩ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني الليبي : م ٢٠٦ (مطابقة المادة ٣١٩ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي : م ٣٥٧ : ١ - لا يرجع المحال له بدينه على المحيل ، إلا إذا اشترط في الحوالة خيار الرجوع أو بطلت الحوالة المقيدة بسقوط الدين أو هلاك العين أو استحقالها وفقاً للأحكام السابقة . ٢ - أما مجرد تملز استيفاء الدين من المحال عليه وتقليسه ولو بأمر المحكمة ، فلا يوجبان بطلان الحوالة وعود الدين على المحيل .

م ٣٥٨ : الحوالة بشرط عدم براءة المحيل كفالة عارية من حق التجريد ، والمحال له في هذه الحالة أن يطالب أيأ شاء من المحيل والمحال عليه .

ويلاحظ أن حوالة الدين في التقنين المدني العراقي تميز في توصفها على غرار الفقه الحنفي . ولما كانت حوالة الدين في هذا الفقه أقرب إلى أن تكون كفالة كما قدمنا ، إذ يجوز لدائن إذا وجه المحال عليه مسمراً أن يرجع بالدين نفسه على المدين الأصلي ، فكان هذا الدين لم يتقل من ذمة المدين الأصلي إلى ذمة المحال عليه وإنما انتقل حق المطالبة ، فقد أراد التقنين المدني العراقي في هذا الموضع أن يتصرف من لفقه الحنفي ، فيأخي الفقه الفري ويجيز بين الحوالة والكفالة . فنص على أن مجرد تملز استيفاء الدين من المحال عليه وتقليسه ولو بأمر المحكمة لا يوجبان بطلان الحوالة وعود الدين على المحيل . ولكنه أجاز للدائن أن يشترط في الحوالة خيار الرجوع على المدين الأصلي ، والرجوع هنا يكون لا بالدين نفسه كما يوم النص ، بل بالضمان ، وهذا يضاهي في التقنين المدني المصري ضمان المدين الأصلي ليسار المحال عليه . كذلك أجاز رجوع الدائن بالضمان على المدين الأصلي ، إذا كان هذا قد قيد الحوالة بحق له في ذمة المحال عليه أو يمين فسقط هذا الحق أو هلكت العين أو استحقت ، فإن المفروض في هذه الحالة أن الدائن عندما أجاز هذه الحوالة المقيدة قد احتفظ لنفسه بحق الرجوع بالضمان على المدين الأصلي . أما إذا أصر الدائن على استيفاء الدين في ذمة المدين الأصلي واشترط عدم براءة من هذا الدين — وهذا غير اشتراطه الرجوع بالضمان الذي رأيناه في الفرض المتقدم فإنه هنا يشترط الرجوع بنفس الدين — فإن الحوالة تكون في هذه الحالة كفالة يستطيع الدائن فيها أن يطالب أيأ شاء المدين الأصلي أو الكفيل (المحال عليه) ، فهي كفالة عارية من حق التجريد ، وهذا ما حرص التقنين المدني العراقي على أن يذكره صراحة في المادة ٣٥٨ (انظر الأستاذ حسن الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ٢٣٨ — فقرة ٢٣٩) .

تقنين الموجبات والعقود البنائي : لا يوجد نص في هذا التقنين يتناول النص الذي نحن بصدده . ويبدو أن المدين الأصلي ، في التقنين البنائي ، لا يفسد يسار المحال عليه إلا باتفاق خاص . وإذا كان في الحوالة تدليس أو خلط ، فإن الحوالة تكون في هذه الحالة قابلة للإبطال لمصلحة الدائن (انظر الأستاذ صبيح محصاني في انتقال الالتزام في القانون المدني البنائي ص ٥٧) .

ذمة المدين الأصلي نحو الدائن (٢) وضمان المدين الأصلي للدائن يسار الحال عليه وقت إقرار الدائن للحوالة في الصورة التي تتعقد بها الحوالة باتفاق بين المدين الأصلي والحال عليه .

٣٣٩ - برادة ذمة المدين الأصلي نحو الدائن : إذا انعقدت الحوالة باتفاق بين الحال عليه والدائن مباشرة دون تدخل المدين الأصلي ، فإن ذمة هذا المدين تبرأ من الدين بمجرد انعقاد الحوالة كما قدمنا دون حاجة إلى رضائه بذلك . فإن الأجنبي يستطيع وفاء الدين عن المدين دون علمه ودون قبوله ، فيستطيع كذلك أن يلتزم عنه بالدين ، ومن ثم تبرأ ذمة المدين ، وقد تقدم بيان ذلك . أما إذا انعقدت الحوالة باتفاق بين المدين الأصلي والحال عليه ، فلا تبرأ ذمة المدين الأصلي نحو الدائن إلا إذا أقر الدائن الحوالة ، فإن الحوالة لا تسرى في حقه إلا باقراره ، فإذا لم يقرها بقي المدين الأصلي بالنسبة إليه ، دون الحال عليه ، هو المدين . أما بعد الإقرار فتبرأ ذمة المدين الأصلي من الدين نحو الدائن ، ويصبح الحال عليه هو المدين (١) .

ويترب على ذلك أنه من وقت صيرورة الحوالة نافذة في حق الدائن - سواء بعقدها معه مباشرة أو باقرارها - تبرأ ذمة المدين الأصلي ، فلا يستطيع الدائن أن يطالبه بالدين الحال به ، ولا يطالب بهذا الدين إلا الحال عليه الذي انتقل الدين إلى ذمته .

٣٤٠ - ضمان المدين الأصلي ليسار الحال عليه : هنا يجب التمييز بين صورتى الحوالة .

فان انعقدت الحوالة باتفاق بين الدائن والحال عليه مباشرة دون تدخل المدين الأصلي ، فان المدين الأصلي لا يضمن للدائن شيئاً ، إذ هو لم يتدخل

(١) وقد سبق القول أن الفقرة الأولى من المادة ٤٥٠ من المشروع التمهيدي كانت تنص على أنه « إذا أقر الدائن الحوالة ، برئت ذمة المدين الأصلي وحل محله الحال عليه » . وقد حذف هذا النص في لجنة المراجعة ، لأنه مجرد تطبيق للقواعد العامة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٤٤ في الهامش - وانظر آنفاً فقرة ٣٢٩ في الهامش) .

في الحوالة ، بل انعقدت دون رضائه ، والذي عقدها هو الدائن ، وعقدها مباشرة مع المحال عليه ، فعلى الدائن في هذه الحالة أن يتحمل إعسار المحال عليه ما دام هو الذي اختار الاتفاق معه (١) . وإنما تبرأ ذمة المدين الأصلي من الدين ، كما تقدم القول ، بالرغم من عدم ضمانه ليسار المحال عليه .

أما إذا انعقدت الحوالة باتفاق بين المدين الأصلي والمحال عليه وأقرها الدائن ، ففي هذه الصورة يكون المدين الأصلي هو الذي عقد الحوالة ، وهو الذي اختار المدين الجديد ، ودعا الدائن إلى إقرار الحوالة . فافترض القاضون أن المدين الأصلي قد أخذ على نفسه في هذه الحالة أن يضمن للدائن يسار المحال عليه وقت إقرار الدائن للحوالة ، كما تقرر ذلك صراحة المادة ٣١٩ مدنى التى تقدم ذكرها .

ولا شك في أن هذا النص يقتصر على تفسير نية المتعاقدين ، فيجوز الاتفاق على غير هذا الحكم ، كما ورد ذلك في النص ذاته . ومن ثم يجوز للمدين الأصلي أن يخلى نفسه من هذا الضمان في هذا الاتفاق الذى يتم بينه وبين المحال عليه ويدعو الدائن إلى إقراره ، أو في اتفاق خاص بعد ذلك ولكن قبل إقرار الدائن للحوالة . فإذا اشترط المدين الأصلي عدم ضمانه ليسار المحال عليه ، ورضى الدائن بهذا الشرط ، فلا ضمان على المدين الأصلي .

كذلك يجوز - على النقيض مما تقدم - أن يشدد المدين الأصلي على نفسه الضمان ، فيضمن يسار المحال عليه ، لا وقت إقرار الدائن للحوالة فحسب ، بل وقت حلول الدين المحال به ، فيكون في هذه الحالة بالنسبة إلى المحال عليه في موقف يشبه موقف الكفيل .

لكن إذا لم يذكر المدين الأصلي في الحوالة شيئاً عن الضمان ، فالمفروض أنه يضمن دون شرط يسار المحال عليه وقت إقرار الدائن للحوالة كما تقدم القول . فإذا كان الدين المحال به وقت إقرار الدائن للحوالة حالاً ، فعلى الدائن أن يبادر إلى استيفائه . فإن وجد المحال عليه معسراً ، رجع بالضمان على المدين الأصلي .

(١) حل أنه لا يوجد ما يمنع ، بالرغم من أن الحوالة تكون قد انعقدت باتفاق بين الدائن والمحال عليه دون تدخل المدين الأصلي ، من أن يتفق الدائن مع المدين الأصلي اتفاقاً مستقلاً من عقد الحوالة ، يلتزم به المدين الأصلي بضمان يسار المحال عليه .

وهو في رجوعه على المدين الأصلي لا يرجع بالمدين المحال به نفسه (١) ، فان هذا الدين قد انتقل نهائياً بالحالة إلى ذمة المحال عليه ، وإنما يرجع بدين جديد نشأ من عقد الحوالة ، وهو عقد يرتب في ذمة الدين الأصلي التزاماً بضمان يسار المحال عليه . ولا يرجع الدائن على المدين الأصلي بالضمان إلا بعد أن يرجع أولاً على المحال عليه فيجده معسراً ، فان رجع مباشرة على المدين الأصلي ، كان لهذا أن يطلب منه البدم بتجريد المحال عليه . ولا يكلف بأن يدل الدائن على مال للمحال عليه يستوفى منه الدائن حقه ، كما يكلف الكفيل بذلك ، فان المدين الأصلي لا يكون مستولاً إلا إذا أثبت الدائن أنه رجع على المحال عليه أولاً فوجده معسراً .

أما إذا تراخى الدائن في مطالبة المحال عليه حتى أعسر ، وذلك بالرغم من حلول الدين ، فان المدين الأصلي لا يكون مستولاً مادام المحال عليه كان موسراً وقت إقرار الدائن للحوالة . والدائن هو المقصر ، فقد كان الدين حالاً وقت إقراره للحوالة وكان المحال عليه موسراً ، فبترخيه وإهماله ترك المحال عليه حتى أعسر ، فيرجع باللائمة على نفسه ، ولا يرجع على المدين الأصلي بشيء .

بقيت حالة ما إذا كان الدين المحال به لم يحل وقت إقرار الدائن للحوالة ، وكان المحال عليه في هذا الوقت موسراً ثم أعسر عند حلول الدين . في هذه الحالة أيضاً لا يكون المدين الأصلي مستولاً ، فان الضمان بحكم القانون يقتصر كما قلنا على ضمان اليسار وقت إقرار الدائن للحوالة ، وقد كان المحال عليه موسراً فعلاً في هذا الوقت ، فتبرأ ذمة المدين الأصلي من التزامه بالضمان حتى لو أعسر المحال عليه بعد ذلك عند حلول الدين . وإذا أراد الدائن أن يجعل المدين الأصلي ضامناً ليسار المحال عليه وقت حلول الدين ، فعليه أن يشترط ذلك صراحة قبل إقراره للحوالة .

وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي :
« تقضى الفقرة الأولى من المادة ٥٠٤ بأن إقرار الدائن للحوالة يستتبع براءة ذمة المدين الأصلي وإحلال المحال عليه محله . بيد أن حكم هذه البرادة لا يجري على إطلاقه ، فاذا أقيم الدليل على أن المحال عليه كان معسراً عند انعقاد الحوالة

(١) أما في المذهب الحنفي ، فقد قلنا أن الدائن يرجع بالمدين نفسه على المدين الأصل .
(م ٣٩ — الوسيط)

(الصحيح عند إقرار الدائن لحوالة) ، وأن الدائن كان يجهل هذا الإعسار ، فلا تبرأ ذمة المدين الأصلي في هذه الحالة . وتسرى هذه القاعدة من باب أولى متى كان الجهل راجعاً إلى تدليس أو إلى عيب من عيوب الرضاء (١) . ويؤخذ على ما جاء في هذه المذكرة ما يأتي : (١) أنها ، على ما يبدو ، تجعل ذمة المدين الأصلي في حالة الضمان مشغولة بالدين المحال به ذاته . والصحيح أن الدين المحال به قد انتقل إلى ذمة المحال عليه ، أما المدين الأصلي فستوليته قائمة على التزامه بالضمان . وهو التزام مستقل عن الدين المحال به ، ولكل منهما مصدر يختلف عن مصدر الآخر . فمصدر الالتزام بالضمان عقد الحوالة ، أما الدين المحال به فمصدره سبب آخر ، قد يكون عقداً وقد يكون غير عقد ، وفي جميع الأحوال ليس هو عقد الحوالة . (٢) يبدو أن المذكرة الإيضاحية تشترط ، في ضمان المدين الأصلي ليسار المحال عليه ، أن يكون الدائن جاهلاً بأن المحال عليه معسر . والصحيح أن علم الدائن بهذا الإعسار أو جهله لايأبه لا شأن له بضمان المدين الأصلي ليسار المحال عليه وقت إقرار الحوالة ، فهذا الضمان مقرر بصريح النص . أما علم الدائن بإعسار المحال عليه ، فغايبته أنه قد يؤخذ قرينة على أن الدائن قد نزل عن هذا الضمان ، والنزول عن الضمان لا يستخلص إلا إذا كانت نية الدائن واضحة في ذلك (٢) . (٣) في حالة ما إذا كان جهل الدائن لإعسار المحال عليه راجعاً إلى تدليس أو إلى عيب آخر من عيوب الرضاء ، يكون المدين الأصلي ضامناً ليسار المحال عليه ، ولكن لا يرجع هذا الضمان إلى ما شاب الرضاء من عيب ، وإنما يرجع إلى حكم القانون نفسه ، فقد أوجب على المدين الأصلي بمقتضى عقد الحوالة ضمان يسار المحال عليه . فإذا كان الدائن قد وقع في تدليس جعله يظن أن المحال عليه مومر بينما هو معسر ، فإنه يستطيع في هذه الحالة أن يرجع بتعويض للتدليس فوق رجوعه بالضمان (٣) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ من ١٥٥ .

(٢) قارن الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ من ٢٨١ — من ٢٨٢ — والأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ٢٣٨ .

(٣) ولا يوجب التقنين للمدين الأمانة ، ولا تقنين الالتزامات للسويصر ، ضماناً ليسار المحال عليه في جانب المدين الأصل (انظر بودى وهارد ٣ فقرة ١٧٦٤ من ٨٨ — ومقال الأستاذين شيرون وعبد صادق فهمى في مجلة مصر المعاصرة سنة ١٩٣١ من ٥٥) .

الفرع الثالث

علاقة المدين الأصلي بالمحال عليه

٣٤١ - التمييز بين حالتين : نميز هنا بين حالتين :

(الحالة الأولى) حالة الحوالة غير النافذة في حق الدائن ، بأن تكون قد انعقدت باتفاق بين المدين الأصلي والمحال عليه ، ولم يصدر إقرار لها من الدائن ، أو صدر رفض منه لها .

(الحالة الثانية) حالة الحوالة النافذة في حق الدائن ، ويتحقق ذلك إما بأن تنفذ الحوالة باتفاق بين المدين الأصلي والمحال عليه ويقرها الدائن ، وإما بأن تتعقد رأساً بين الدائن والمحال عليه فإن الحوالة تتعقد في هذه الحالة نافذة فوراً في حق الدائن .

المبحث الأول

الحوالة لم تنفذ في حق الدائن

٣٤٢ - النصوص القانونية : تنص المادة ٣١٧ من التقنين المدني على ما يأتي :

« ١ - ما دام الدائن لم يحدد موقفه من الحوالة إقراراً أو رفضاً ، كان المحال عليه ملزماً قبل المدين الأصلي بالوفاء للدائن في الوقت المناسب ، ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك . ويسرى هذا الحكم ولو رفض الدائن الحوالة » .

« ٢ - على أنه لا يجوز للمدين الأصلي أن يطالب المحال عليه بالوفاء للدائن ،

ما دام هو لم يتم بما التزم به نحو المحال عليه بمقتضى عقد الحوالة (١) .
ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، لأن هذا التقنين كما قدمنا
لم ينظم حوالة الدين .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري
المادة ٣١٧ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٣٠٤ - ولا مقابل له لا في التقنين
المدني العراقي ولا في تقنين الموجبات والعقود اللبناني (٢) .

ويتبين من النص المتقدم الذكر :

(١) إن الاتفاق ما بين المحال عليه والمدين الأصلي على حوالة الدين يلزم
الأول نحو الثاني أن يني بالدين المحال به للدائن في الوقت المناسب ، سواء
أقر الدائن الحوالة أو رفضها ، وذلك ما لم يوجد اتفاق يقضى بغيره .

(٢) ولكن هناك فرقاً بين هذا الاتفاق وبين الاشتراط لمصلحة الغير ،

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٤٤٨ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق
لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . وفي لجنة المراجعة مثل من تحديد معنى عبارة « في الوقت
المناسب » ، فأجيب بأن المفروض على المحال عليه أن يبدأ من المدين الأصلي كل مطالبة ، ووافقت
الجنة على النص تحت رقم ٢٢٩ من المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ
تحت رقم ٢١٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٤٤ - ص ١٤٥) .
(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٣١٧ (مطابقة لمادة ٣١٧
من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني الليبي م ٣٠٤ (مطابقة لمادة ٣١٧ من التقنين المدني المصري) .
التقنين المدني العراقي : لم يرد نص مقابل ، ولكن الحكم الذي يستخلص من نص التقنين
المدني المصري متفق مع القواعد العامة ، فلا مانع من تطبيقه في العراق . أما ما ورد في التقنين
المدني العراقي من نصوص في علاقة المدين الأصلي بالمحال عليه ، فكلها تفترض أن الحوالة نافذة
في حق الدائن ، وستذكرها في موضعها .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني : لم يرد نص مقابل . على أنه قد ورد في صدر الفقرة الثالثة
من المادة ٢٨٧ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني العبارة الآتية « وإذا لم يحجز الدائن الانقضاء
بطل » . ويفهم من هذا النص أن التقنين اللبناني ، خلافاً للتقنين المصري ، يفرض أن نية المدين
الأصلي والمحال عليه ، قد اتفقتا على الحوالة ، قد انصرفت إلى عدم ترتيب أى أثر على هذا
الاتفاق إذا لم يقره الدائن .

فإن المدين الأصلي لم يشترط لمصلحة الدائن أن يقي له المحال عليه بالدين ، بل ذهب إلى مدى أبعد من ذلك واشترط تخليص ذمته هو من الدين ، بأن اتفق مع المحال عليه على نقل الدين إلى ذمته وذلك فيما بينهما .

(٣) وهذا الاتفاق بين المدين الأصلي والمحال عليه على الحوالة هو كل لا يقبل التجزئة ، فإذا كان المدين الأصلي قد التزم بشيء نحو المحال عليه في نظير التزام المحال عليه نحوه ولم يقم بالتزامه ، لم يكن له أن يطالب المحال عليه أن يقوم هو بالتزامه .

(٤) والاتفاق على النحو الذي فصلناه هو على كل حال قابل للتعديل فيه أو للعدول عنه باتفاق آخر بين الطرفين ، وذلك إلى أن يصدر إقرار الدائن بالحوالة .
ونعالج هذه المسائل متعاقبة .

٣٤٣ - الاتفاق على الحوالة يلتزم المحال عليه نحو المدين الأصلي :

قدّمنا أن المفروض في الحالة التي نحن بصددّها أن الحوالة انعقدت باتفاق بين المدين الأصلي والمحال عليه . فقبل أن يصدر الدائن إقراره ، يكون هذا الاتفاق ملزماً للمحال عليه نحو المدين الأصلي . والذي يلتزم به المحال عليه هو التزام بعمل (obligation de faire) ، إذ يلتزم بتخليص ذمة المدين الأصلي من الدين في الوقت المناسب . والوقت المناسب هو عادة وقت حلول الدين المحال به . ولا يوجد ما يمنع من الاتفاق على أن يكون الوقت المناسب غير ذلك ، كأن يكون وقت مطالبة الدائن للمدين الأصلي بالدين . وإذا لم يذكر الطرفان شيئاً في هذا الخصوص ، فالهم هو أن يدرأ المحال عليه عن المدين الأصلي كل مطالبة من الدائن (١) .

وقيام المحال عليه بالتزامه هذا يكون عادة بوفائه الدين المحال به للدائن . ويجوز أن يسلم المحال عليه مقدار الدين للمدين الأصلي ليقوم هذا بنفسه بالوفاء

(١) أنظر ما دار في لجنة المراجعة هذا الصدد (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٤٥ - وأنظر تاريخ نص المادة ٣١٧ مدني آنفاً فقرة ٣٤٢ في الهامش) .

لدائته ، فان ذلك يكفى لتخليص المدين الأصلي من مطالبة الدائن (١) .

فاذا لم يتم الحال عليه بالتزامه هذا ، كان للمدين الأصلي أن يرجع عليه بالتعويض وفقاً للقواعد العامة (٢) . فهو لا يرجع عليه بالدائن الحال به ذاته ، بل يرجع عليه بتعويض من جراء إخلاله بالتزامه من درء مطالبة الدائن . ويجوز للمدين الأصلي أن يتفق مع الحال عليه أن يقدم له تأمينات خاصة ، كرهن أو كفيل ، لضمان الوفاء بهذا الالتزام ، أما التأمينات التي تكفل الدين الحال به فهي لا تكفل رجوع المدين الأصلي بالتعويض على الحال عليه (٣) .

وهذا الالتزام في ذمة الحال عليه نحو المدين الأصلي يبقى قائماً حتى لو رفض الدائن إقرار الحوالة ، فان عدم إقرار الدائن للحوالة لا يستتبع سقوط الاتفاق على حوالة الدين بين المدين الأصلي والحال عليه . بل يبقى الحال عليه ملتزماً نحو المدين الأصلي ، بعد رفض الدائن إقرار الحوالة ، بأن يخلصه من مطالبة الدائن . وله ، في الوفاء بالتزامه هذا ، إما أن يبقى بالمدين فعلاً للدائن — وليس للدائن

(١) وليس من الضروري أن يخلص الحال عليه ذمة المدين الأصلي من الدين نحو الدائن فوراً عقب الاتفاق . كما أنه لا يكفى أن يرد الحال عليه إلى المدين الأصلي ما دفعه الدائن عقب مطالبة هذا لإياه ، فإن المدين الأصلي باتفاقه على الحوالة مع الحال عليه أراد أن يدرأ عن نفسه هذه المطالبة . بل الواجب أن يقوم الحال عليه بوفاء الدين عندما يطالب الدائن به المدين الأصلي ، أو أن يسلم للمدين الأصلي مقدار الدين لينفذه الدائن فيندأ مطالبة (أنظر في هذا المعنى مقال الأستاذين شيرون ومحمد صادق فهي في مجلة مصر الممارسة ٣ ص ١٥٥) .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « ولا يستتبع التزام الحال عليه بقتضاء حق الدائن عند الاستحقاق تحويل المدين حق مطالبة الحال عليه بأن يسلم على إبراء ذمته قبل الدائن فور الوقت . بل كل ما هناك أن هذا الالتزام ينحول للمدين ، إذا طالبه الدائن قضائياً ، حق الرجوع على الحال عليه باعتبار أنه قد تمهد بالوفاء منه ليجنبه هذه المطالبة (مجموعة الأعمال التشريعية ٣ ص ١٥٥) .

(٢) الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ٢٨٠ .

(٣) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « وإذا تخلف الحال عليه عن الوفاء بالتزامه ، فالمدين الأصلي متى طوّل بالمدين أن يرجع عليه بالتعويضات . وينصّ تقنين الالتزامات السويسرى (م ١٧٥ / ٣) حل أن المدين المحيل أن يطلب إلى الحال عليه تقديم تأمينات خاصة لضمان الوفاء بالتزامه . وينبغى أن المتماقنين أن يشترطوا ذلك في عقد الحوالة دون حاجة إلى نص في القانون » (مجموعة الأعمال التشريعية ٣ ص ١٥٠) .

أن يرفض قبول الوفاء فهو غير على قبوله ولو من أجنبي - وإما أن يعطى للمدين الأصلي مقدار الدين لدفعه للدائن (١) .

هذا هو الأثر الذي يترتب على الاتفاق بين المحال عليه والمدين الأصلي على حوالة الدين ، من حيث إلزام المحال عليه نحو المدين الأصلي . وغنى عن البيان أن الطرفين يستطيعان في عقد الحوالة الاتفاق على غير ذلك ، إذ أن لها الحرية الكاملة في تحديد العلاقة التي تقوم بينهما بموجب هذا العقد . فلهما مثلاً أن يتفقا على أنه إذا لم يقر الدائن الحوالة ، فإن الاتفاق الذي كان قائماً بينهما يسقط تبعاً لذلك ، ولا يعود المحال عليه ملزماً لائتماره للدائن ولا نحو المدين الأصلي نفسه بأداء الدين المحال به ولا بتخليص المدين الأصلي من مطالبة الدائن . ولهما كذلك أن يتفقا على أن عقد الحوالة لا ينتج أثره منذ البداية إلا إذا أقره الدائن ، بحيث لا يترتب هذا العقد في ذمة المحال عليه ، قبل إقرار الدائن له ، أى التزام نحو المدين الأصلي ، فاذا ما صدر لإقرار الدائن أصبح المحال عليه ، ليس ملزماً فحسب بتخليص المدين الأصلي من مطالبة الدائن ، بل ملزماً أيضاً نحو الدائن مباشرة بوفاء الدين له (٢) . ونفرض فيما قدمناه أن الاتفاق المخالف قد ورد في عقد الحوالة ذاته . وسنرى فيما يلي أن للطرفين فوق ذلك ،

(١) وقد ورد في التعليقات على التفتين المدق الألماني في هذا الصدد ما يأتي : « ويجب أن يلاحظ أخيراً أن رفض الدائن لإقرار الحوالة ، إذا لم يوجد اتفاق مخالف ، يبطل العقد البيني الذي ينقل الدين ، ولكنه يبقى قائماً للعقد المنشئ لالتزامات شخصية التي تنطوي عليه الحوالة ، ومن ثم تبقى التزامات المحال عليه نحو المدين (التعليقات على التفتين المدق الألماني جزء أول م ٤١٥ ص ٦٠٨) .

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية المشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي : « من المسلم أن المتعاقدين كامل انقياد في تحديد ما يترتب بينهما من الآثار بمقتضى تعاقده صريح . فلهما أن يشترطا اعتبار الحوالة غير قائمة إلى أن يتم إقرارها ، كما أن لها أن يشترطا اقتصار الحوالة على إنشاء مجرد التزام على حائق المحال عليه بقضاء حق الدائن . ويختلف الحكم باختلاف التشريعات عند سكوت المتعاقدين عن اشتراط أمر معين . فالتفتين البناني (٣/٢٨٧) والتفتين الصيني (٣٠٢) يفترضان أن نية المدين والمحال عليه تنصرف ، في هذه الحالة ، إلى علم ترتيب لى أثر لتعاقدهما إذا لم يقره الدائن . أما المشروع (١/٤٤٨) ، فقد اتفق ، على نفي ذلك ، أثر التفتين الألماني (٣/٤١٥) ، واختار الحكم الوارد في النص طبقاً لبدأ إعمال التصرفات القانونية ما وجد سبيل إلى ذلك » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٤٩) .

بعد إبرام عقد الحوالة وفي اتفاق مستقل ، أن يعدلا في هذا العقد أو أن يعدلا عنه .

٣٤٤ - الفرق بين الاتفاق على الحوالة والاشتراط لمصلحة الغير :

وقد يقال ، بعد تحليلنا للاتفاق الذى يتم على الحوالة بين المدين الأصلي والمحال عليه على النحو الذى قدمناه ، أن هذا الاتفاق فيه اشتراط لمصلحة الغير ، فقد اشترط المدين الأصلي على المحال عليه لمصلحة الدائن أن يفي له بالدَيْن المحال به ، ومن ثم يتولد من هذا الاتفاق حق مباشر للدائن يصبح باقراره غير قابل للتقص ، وذلك وفقاً للقواعد المعروفة فى الاشتراط لمصلحة الغير .

ولكن هذا التأصيل لا يتفق مع التأصيل الصحيح للاتفاق على الحوالة ما بين المدين الأصلي والمحال عليه ، وذلك من وجهين :

(الوجه الأول) ليس الغرض من هذا الاتفاق أن يشترط المدين الأصلي على المحال عليه لمصلحة الدائن أن يفي له بالدَيْن المحال به . بل الغرض أن يشترط المدين الأصلي لمصلحة نفسه هو ، لا لمصلحة الدائن ، أن يتخلصه المحال عليه من الدين الذى فى ذمته للدائن بأن يدرأ عنه أية مطالبة من هذا الدائن .

(الوجه الثانى) وعندما يقر الدائن هذا الاتفاق الذى تم بين المدين الأصلي والمحال عليه ، فليس يفعل ذلك كما يفعل المنتفع فى إقراره الاشتراط لمصلحته ليصبح نافذاً فى حقه . ذلك أن الاتفاق ما بين المدين الأصلي والمحال عليه ليس اشتراطاً لمصلحة الغير كما قدمنا ، بل هو أبعد مدى من ذلك . هو اتفاق ينقل الدين المحال به فعلاً من ذمة المدين الأصلي إلى ذمة المحال عليه فى العلاقة فيما بينهما ، فهو اتفاق ناقل للدين منذ البداية . فإذا أقره الدائن ، أصبح انتقال الدين سارياً فى حقه هو أيضاً ، وأصبح المحال عليه ، ليس فحسب فى علاقته بالمدين الأصلي بل أيضاً فى علاقته بالدائن ، هو الملتزم وحده بالدين .

وهذا التصوير هو تصوير التقنين المدنى الألمانى ، نقله عنه التقنين المدنى المصرى الجديد (١) .

(١) وقد أوردت لتعليقات على التقنين المدنى الألمانى للتصويرات الفنية لحوالة الدين فى المراحل المختلفة التى مر عليها المشروعان الأول والثانى لتقنين المدنى الألمانى . فى المشروع =

= الأول صورت حوالة الدين التصوير الفني الذي قال به ونشايه (Windcheld) (انظر آنف) (فقرة ٣٠٨ في المامش) على النحو الآتي: كما أن الدائن في حوالة الحق يتصرف في الحق بإحاطته إلى غيره ، كذلك الحال عليه في حوالة الدين يتصرف في الدين بإحاطته إلى ذاته . ولكن الدائن في حوالة الحق يتصرف في حق ملوك له ، أما الحال عليه في حوالة الدين فيتصرف في دين ملوك لغيره وهو الدائن . ومن ثم وجب أن يقر الدائن هذا التصرف ، حتى يكون نافذاً في حقه . على أن الاتفاق الذي تم بين الحال عليه والمدين الأصلي ، وهو تصرف ناقل للدين ، يتطلب في الوقت ذاته على عقد منتهى لالتزامات شخصية ، منها التزام في ذمة الحال عليه أن يحصل على إقرار الدائن للتصرف . وقد هوجم هذا التصوير أمام اللجنة الثانية للمشروع ، ووجهه بتصوير آخر ، هو أن الحال عليه والمدين الأصلي يلتزمهما على الحوالة قد صدر منهما إيجاب مشترك موجه إلى الدائن . والاتفاق على الحوالة ، في هذا التصوير الآخر ، ليس إلا مقدماً منشئاً لالتزامات شخصية وليس بمقد ناقل للدين ، كما أنه لا يرتب في ذمة الحال عليه التزاماً بالحصول على إقرار الدائن للحوالة . وما دام الحال عليه إنما يمرض على الدائن إيجاباً يشترك فيه مع المدين الأصلي ، فإنه يجوز له الملوك من هذا الإيجاب قبل صدور الإقرار من الدائن . وحتى إذا صدر الإقرار فإن الدين ينتقل من وقت صدوره ، ولا يستند بأثر رجعي إلى وقت الاتفاق على الحوالة الذي تم بين الحال عليه والمدين الأصلي. وقد رفضت اللجنة الثانية هذا التصوير الآخر بأغلبية كبيرة ، إذ هو لا يستجيب إلى مقتضيات التعامل في أمرين جوهرين : فهو يحيز للمحال عليه أن يرجع في الحوالة بعد اتفائه عليها مع المدين الأصلي ، وهو يؤثر انتقال الدين إلى وقت إقرار الدائن للحوالة . فأدخلت تعديلات على هذا التصوير الثاني انتهت به إلى تصوير ثالث ، يكون فيه الاتفاق على الحوالة بين الحال عليه والمدين الأصلي اتفاقاً منشئاً لالتزامات شخصية كما هو الأمر في التصوير الثاني ، وليس بمقد ناقل للدين على خلاف التصوير الأول ، ولكن الإيجاب المشترك المعروض على الدائن مستخلصاً من هذا الاتفاق هو إيجاب ملزم لا يجوز الرجوع فيه . وبذلك زال أحد الاعتراضين الجوهرين الموجهين إلى التصوير الثاني ، وأصبح لا يجوز للمحال عليه أن يرجع في الحوالة بعد اتفائه عليها مع المدين الأصلي . ولكن بقي الاعتراض الثاني ، وهو الوقت الفني ينتقل فيه الدين . ففي التصوير الثاني والثالث ، ما دام الاتفاق على الحوالة بين الحال عليه والمدين الأصلي هو مجرد إيجاب مشترك معروض على الدائن ، فإن انتقال الدين لا يتم إلا من وقت إقرار الدائن ، ولا يستند بأثر رجعي إلى وقت الاتفاق . من أجل ذلك رجعت اللجنة إلى التصوير الأول بعد أن أعادت النظر فيه . ففي هذا التصوير الأول يصير الاتفاق على الحوالة بين الحال عليه والمدين الأصلي تصرفاً في الدين صادراً من الحال عليه ، فرأت اللجنة أن هذا التصرف ليس صادراً من الحال عليه فحسب ، بل هو صادر أيضاً من المدين الأصلي ، ومن ثم لا محل لقيام التزام في ذمة الحال عليه نحو المدين الأصلي للحصول على إقرار الدائن للحوالة ، وقد كان قيام هذا الالتزام هو الاعتراض الجوهرى على التصوير الأول . ومنذ عدل التصوير الأول على هذا الوجه قبلته اللجنة نهائياً كصور في حوالة الدين على الأساس الآتي : يمد الاتفاق على الحوالة الذي تم بين الحال عليه والمدين الأصلي مشتملاً على =

٣٤٥ - انقضاء على الحوالة كل ما يقبل التجزئة - عزم الوفاء

بالتزام يستتبع عزم الوفاء بالتزام المقابل : وقد رأينا أن الفقرة الثانية من المادة ٣١٧ ملق تنص على ما يأتي : « على أنه لا يجوز للمدين الأصلي أن يطالب المحال عليه بالوفاء للدائن ، ما دام هو لم يحم بما التزم به نحو المحال عليه بمقتضى عقد الحوالة » . فالاتفاق على الحوالة بين المدين الأصلي والمحال عليه قد يكون اتفاقاً ملزماً للجانبين . مثل ذلك أن يبيع المدين الأصلي للمحال عليه داراً ، وفي مقابل ثمنها يتحمل المحال عليه بدين في ذمة البائع . في مثل هذه الحالة يكون التزام المحال عليه بتحمل الدين هو في مقابل الدار التي اشتراها ، فإذا لم يحم البائع يتسلم الدار إلى المحال عليه أو ينقل ملكيتها إليه وفقاً للقواعد المقررة ، لم يكن له أن يطالب المحال عليه بوفاء الدين المحال به للدائن ، ما دام هو - البائع - لم يحم بما التزم به نحو المحال عليه (١) .

ويلاحظ أن ما قدمناه لا يسرى فحسب في علاقة المحال عليه بالمدين الأصلي ، بل هو يسرى أيضاً في علاقة المحال عليه بالدائن فيما إذا أقر الدائن الحوالة . فقد رأينا أنه يجوز للمحال عليه أن يحتج على الدائن بالدفع المستمدة من العلاقة بينه وبين المدين الأصلي ، إذا كان الدائن عالماً بهذه العلاقة وبما يترتب عليها من الدفع ، وفقاً للقواعد العامة في نظرية السبب (٢) . ففي المثل

١ - عقد مثليه لالتزامات شخصية ، فالمحال عليه قد التزم نحو المدين الأصلي أن يخلص ذمة من الدين المحال به ، دون أن يلتزم بالمصالح على إقرار الدائن للحوالة ودون أن يلتزم بتخليص ذمة المدين الأصلي قبل حلول الدين المحال به ، ٢ - وعقد ناقل لدين ، وهو عقد مجرد (contrat abstrait) ، قد نقل الدين من ذمة المدين الأصلي إلى ذمة المحال عليه في حدود المصلحة فيما بينهما ، دون اعتداد بسبب هذا العقد إذ هو عقد مجرد كما سبق القول . فإذا ما أقر الدائن هذا العقد ، أصبح انتقال الدين نافذاً في حقه لا من وقت الإقرار فحسب ، بل مستنداً بأثر رجسي إلى وقت قيام العقد ، أي إلى وقت الاتفاق بين المحال عليه والمدين الأصلي . وإذا لم يقر الدائن العقد الناقل للدين ، بطل هذا العقد وحده ، وبقي العقد الأول المثلي . لالتزامات شخصية قائماً بين المحال عليه والمدين الأصلي (انظر التعليقات على التفتين المدق الألمانى جزء أول م ٤١٥ ص ٦٠٢ - ص ٦٠٨) .

(١) انظر المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٥٠ .

(٢) انظر آتفاً فقرة ٣٣٧ .

المقدم إذا طالب الدائن المحال عليه بالدين المحال به بعد إقراره للحالة ، وكان يعلم أن المحال عليه إنما التزم بالحالة في مقابل الدار التي اشتراها من المدين الأصلي ، جاز للمحال عليه أن يتمتع عن الوفاء ما دام المدين الأصلي لم يسلم له الدار التي باعها إياه والتي كان ثمنها هو السبب في الحالة .

٣٤٦ - الوفاء على الحالة قابل للتعديل فيه وللعدول عنه

باتفاق آخر : هذا وإذا كان الاتفاق على الحالة بين المدين الأصلي والمحال عليه ملزماً للمحال عليه على النحو الذي قدمناه ، فإنه من جهة أخرى قابل للتعديل فيه أو للعدول عنه . ولكن ذلك لا يكون بارادة المحال عليه وحدها ، لأنه قد التزم نهائياً بموجب الاتفاق فلا يستطيع أن يتنصل من التزامه . وإنما يجوز ، باتفاق جديد بينه وبين المدين الأصلي ، أن يعدل في الاتفاق الأول أو أن يلقيه أصلاً فتزول الحالة (١) .

وكل هذا جائز إلى أن يقر الدائن الحالة . فإذا ما أقرها تعلق حقه بها ، ولم يعد يجوز ، حتى باتفاق كل من المدين الأصلي والمحال عليه ، تعديل الاتفاق أو العدول عنه . بل يصبح انتقال الدين المحال به من ذمة المدين الأصلي إلى ذمة المحال عليه بالنسبة إلى الدائن انتقالاً نهائياً ، ويستند بأثر رجعي إلى وقت الاتفاق على الحالة بين المدين الأصلي والمحال عليه . وللدائن مطالبة المحال عليه بالدين المحال به ، بل ليس له أن يطالب به غيره إذ قد برئت ذمة المدين الأصلي منه بموجب الحالة ، وذلك حتى لو اتفق المدين الأصلي والمحال عليه بعد إقرار الدائن للحالة على إلغائها (٢) .

(١) انظر المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في مجموعة الامال التخضيرية ص ١٥٠ .

(٢) انظر التعليقات على التفتين المذوق الألماني جزء أول م ٤١٥ ص ٦٠٧ .

المبحث الثاني

الحوالة نافذة في حق الدائن

٣٤٧ - الحالتان اللتان التي تكون الحوالة فيهما نافذة في حق الدائن : (أولاها) حالة ما إذا تمت الحوالة باتفاق بين المدين الأصلي والمحال عليه وأقرها الدائن . و (الحالة الثانية) حالة ما إذا تمت الحوالة رأساً باتفاق بين الدائن والمحال عليه دون تدخل من المدين الأصلي ، ففي هذه الحالة تنعقد الحوالة نافذة فوراً في حق الدائن ، كما قدمنا ، إذ هو نفسه كان طرفاً فيها .

٣٤٨ - يعتبر المحال عليه قرأى للمدين الأصلي التزاماً بقيمة الحوالة : ومنذ أصبحت الحوالة نافذة في حق الدائن ، فإن المحال عليه يكون ملتزماً نحوه بالدين المحال به ، وتبرأ ذمة المدين الأصلي من هذا الدين . ويترب على ذلك أن المدين الأصلي يكون قد أفاد من الحوالة بمقدار الدين المحال به ، وقد حصل على هذه الفائدة منذ برئت ذمته من الدين ، أي منذ أصبحت الحوالة نافذة في حق الدائن فالتزم المحال عليه بالدين نحوه . فكان المحال عليه قد أدى للمدين الأصلي التزاماً بقيمة الدين المحال به ، وأداه منذ أن أصبحت الحوالة نافذة في حق الدائن ، أي منذ أن أصبح هو ملتزماً نحو الدائن بالدين المحال به ، دون حاجة إلى أن يني فعلاً بهذا الدين (١) .

(١) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التهدي في مجموعة الأعمال التصهيرية ٣ من ١٥١ - وقارن مقال الأستاذين شيرون ومحمد صادق فهمي في مجلة مصر المعاصرة سنة ١٩٣١ ص ٥٤ . وهذا بخلاف التتبعين للمدني العراقي في الحوالة المطلقة ، فقد ورد في شأن هذه الحوالة نصان في هذا التتبعين ، هما المادتان ٣٥٩ و ٣٦٠ . فتتضمن المادة ٣٥٩ على أنه « إذا أحال الخجل حوالة مطلقة ، فإن لم يكن عند المحال عليه دين أو عين مودعة أو متصوية ، فله أن يطالب المحال عليه بعد الحوالة إلى أن يؤدى المحال عليه الدين للمحال له ، فإن أداه سقط ما عليه قصاصاً بقدر ما أحس . وواضح من ذلك أن التتبعين للمدني العراقي يفرض في الحوالة المطلقة أنه مادام المدين -

وقد يكون الحال عليه، في تأديته للمدين الأصلي التزاماً بقيمة الدين الحال به، قد قصد أن يؤدي هذه القيمة على سبيل القرض، ففي هذه الحالة يرجع على المدين الأصلي بما أقرضه إياه طبقاً لشروط القرض الذي تم بينهما. وقد يكون قاصداً أن يفي للمدين الأصلي بدين ترتب في ذمته قبله (١) كضمن لم يتم أدائه، ففي هذه الحالة تبرأ ذمة الحال عليه من الثمن بمجرد قيام الدين الحال به في ذمته للدائن وقبل الوفاء بهذا الدين. وقد يكون قاصداً أن يتبرع للمدين الأصلي بقيمة الدين الذي تحمل عنه به، ففي هذه الحالة تكون العلاقة بينهما علاقة تبرع تطبق في خصوصها القواعد العامة في التبرع. والأمر بعد متعلق بنية الطرفين، فقد تنصرف إلى خلاف ما قلناه، وقد يشترط الحال عليه الرجوع على المدين الأصلي بما التزم به نحو الدائن، ولو قبل الوفاء للدائن، بل ولو كان في ذمته للمدين الأصلي دين يصلح للمقاصة (٢).

— الأصل لم يقيد الحوالة بالدين أو العين، فقد احتفظ لنفسه بالحق في المطالبة بما حتى بعد الحوالة، إلى أن يؤدي الحال عليه الدين الحال به للدائن، فستتولد تقع المقاصة بين ما حل المدين الأصل للحال عليه وماله عنده. ولو أراد هذان أن يتقطع بعد الحوالة حتى الحال عليه في مطالبة المدين الأصل بالدين أو بالعين، فأمامهما الحوالة المقيدة وقد وردت فيها نصوص كثيرة في التقنين المدني العراقي، فالحكم إلا أن يقيد الحوالة بما للمدين الأصل في ذمة الحال عليه. وتنظيم الحوالة المقيدة إلى جانب الحوالة المطلقة في التقنين المدني العراقي هو الذي يبرر الحكم المتقدم. على أنه ليس هناك إطلاقاً ما يمنع المشرع — من ناحية السهولة التشريعية التي يخطها — من أن يرجي رجوع الحال عليه على المدين الأصلي إلى وقت وفاء الحال عليه بالدين للدائن، فيفترض أن نية الطرفين قد انصرفت إلى هذا الحكم ما لم يوجد اتفاق مخالف (انظر في هذا المعنى مقال الأستاذين شيرون ومحمد صادق فهمي في مجلة مصر المعاصرة سنة ١٩٤١ ص ٥٤ — وقارن الأستاذ حسن اللاتون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقيقرة ٢٤٠ ص ٢٢٢، وهو ينشئ هنا أيضاً، دون مبرر، على المادتين ٣٥٩ و ٣٦٠ من التقنين المدني العراقي التقييد والنفوض !).

ويلاحظ أخيراً أن الحال عليه يرجع على المدين الأصلي، في التقنين العراقي، بالدين الحال به لا بما أدى، أي يرجع بدعوى الحلول، والحلول هنا قانوني إلا إذا كان متفقاً عليه قبل وفاء الدين الحال به.

(١) وهذا هو ما يعرف بالحوالة المقيدة في الفقه الإسلامي وسيأتي ذكرها. ولتتميز بين الحوالة المقيدة والحوالة المطلقة في الفقه الإسلامي أهمية بالغة سبقت الإشارة إليها (انظر آنفاً ققرة ٢٤٠).

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع انتهى في هذا الصدد: «يقعد الحال عليه من تحمل الدين إلى النتيجة التي كان يصل إليها لو إنه التزم قبل المدين بأداء تكليف سادل لقيمة هذا»

فرجوع المحال عليه على المدين الأصلي ، بعد أن يلتزم بالدين المحال به نحو الدائن ، يتوقف على العلاقة التي قامت بينه وبين المدين الأصلي . وهذه العلاقة هي التي تحدد متى يكون هناك رجوع ، وكيف يكون .

٣٤٩ - **الحالة المقيمة** : وتفرض أن المحال عليه كان في ذمته دين للمدين الأصلي ، وأن الحالة حين تمت بينهما تمت على أساس أن يؤدي المحال عليه الدين المحال به من الدين الذي في ذمته للمدين الأصلي . وهذا ما يعرف في الفقه الإسلامي بالحالة المقيمة ، فهي حالة قيدت بوفاء الدين المحال به من الدين الذي في ذمة المدين الأصلي .

وحكم الفقه الحنفي في هذه الحالة المقيمة أن الدين الذي في ذمة المحال عليه للمدين الأصلي يكون مخصصاً لأداء الدين المحال به . وينقطع حق المدين الأصلي في مطالبة المحال عليه بهذا الدين ، ويكون هذا الدين بمنزلة الرهن عند الدائن ، وإن لم يكن رهناً لسببين : (١) إذا أفلس المدين الأصلي قبل أن يؤدي المحال عليه الدين المحال به للدائن ، فليس الدائن أحق من سائر الغرماء بالدين الذي تقيدت به الحالة . (٢) ولو توى هذا الدين عند المحال عليه ، لا يسقط الدين المحال به في مقابلة هلاك الرهن ، خلافاً لقواعد الرهن المقررة في الفقه

= الدين . فلو فرض أن المحال عليه تحمل عن المدين ديناً مقداره ١٠٠ جنيه ، فهو يقصد من ذلك إما إلى إقراض المدين مثل هذا المبلغ ، وإما إلى التصرف له به ، وإما إلى الوفاء له بدين ترتب في ذمته من قبل كذا ثمن لم يتم أدائه . ويراعى أن نية المحال عليه تنصرف ، في هذه الحالة الأخيرة ، إلى الوفاء بإحدى الطرق من طريق تحمل الدين عن المحال ، وبهذا تبرأ ذمته حل القور من المطالبة بمقتضى عقد البيع ... بيد أن إرادة المتصفدين قد تنصرف إلى خلاف ذلك ، فالأمر لا يعلو والحال هذه مجرد التنويه بقاعدة مفسرة أو متهمة ، للأفراد مطلق الخيار في الخروج عليها «
(مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٥٠ — ص ١٥١) .

هذا وقد كان المشروع التمهيدى يتضمن نصاً هو المادة ٤٥٢ من هذا المشروع ، وكان يحرم حل الوجه الآتي : « إذا أقر الدائن حوالة الدين ، اعتبر المحال عليه قد أدى للمدين الأصلي التزاماً بقيمتها » . فعملت هذه المادة في لجنة المراجعة « لأن حكمها مستفاد من القواعد العامة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٤٦ في الحاشي) .

الإسلامي (١). ويستخلص من ذلك أن ملكية الدين الذي تقيدت به الحوالة لم تنتقل إلى الدائن ، بل ان هذا الدين ليس رهناً عنده (٢) .

وهذه الأحكام المقررة في الفقه الحنفي تخالف القواعد العامة عندنا ، فان المدين الأصلي إذا قيد الحوالة بدين له في ذمة المحال عليه ، فالمفروض أنه قد انصرفت نيته في ذلك إلى جعل المحال عليه نبي بالدين المحال به من الدين الذي تقيدت به الحوالة . فبمجرد أن تصبح الحوالة نافذة في حق الدائن ، ويصبح المحال عليه ملتزماً نحوه بالدين المحال به ، فان المحال عليه يكون قد أدى للمدين الأصلي التزاماً بقيمة هذا الدين ، أى يكون قد أدى الدين الذي تقيدت به الحوالة . فتبرأ ذمته منه نحو المدين الأصلي، كما تبرأ ذمة المدين الأصلي من الدين المحال به نحو الدائن . ولو أعسر المدين الأصلي قبل أداء المحال عليه الدين المحال به للدائن ، فليس لدائن المدين الأصلي أن يشاركوا الدائن في الدين الذي تقيدت به الحوالة . ونظير ذلك مقابل الوفاء (provision) في الكيالة ، فان قواعد القانون التجارى تقضى بجعل مقابل الوفاء هذا بمثابة الدين الذي تقيدت به الكيالة والكيالة نفسها بمثابة حوالة . ويعتبر صاحب الكيالة هو المدين الأصلي ، والمسحوب عليه هو المحال عليه، وحامل الكيالة هو الدائن . ونصوص التقنين التجارى صريحة في أن مقابل الوفاء يكون ملكاً لحامل الكيالة ، فقد نصت المادة ١١٤ من هذا التقنين على أن « مقابل الموجود تحت يد المسحوب عليه ، سواء وجد عنده في وقت تحرير الكيالة أو في وقت انتقال ملكيتها لشخص آخر أو بعد ذلك ، يكون ملكاً لحاملها ، ولو لم يحصل تعيينه لدفع قيمة تلك الكيالة أو لم يحصل القبول من المسحوب عليه . فيكنى إذن أن يكون لساحب الكيالة (المدين الأصلي) دين في ذمة المسحوب عليه (المحال عليه) ليتعلق حتى حامل الكيالة (الدائن) بهذا الدين ، ويترتب على ذلك أن إفلاس الساحب قبل حلول ميعاد استحقاق الكيالة لا يؤثر في حق حامل الكيالة ، فيكون لهذا وحده دون

(١) وقد سبق بحث هذه المسألة تفصيلاً في الفقه الإسلامى انظر آنفاً فقرة ٢٤٠ .

(٢) ولكن لو ظهرت براءة المحال عليه من الدين الذى قيدت به الحوالة — كما إذا كان الدين من مبيع فاستحق المبيع أو كان ودية فهلك — فإن الحوالة تبطل ، لأن الدين الذى قيدت به يعتبر سبباً لها ، وقد انقطع فانتطعت .

سائر دائني الساحب الاستيلاء على مقابل الوفاء (١). وقد نصت المادة ١١٥ من التتئين التجارى على هذا الحكم صراحة إذ تقول : « إذا أفلس الساحب ولو قبل حلول ميعاد دفع قيمة الكبيالة ، يكون لحاملها دون غيره من مدائني الساحب المذكور الحق في الاستيلاء على مقابل الوفاء المعطى للمسحوب عليه بالطرق المقررة » .

وعلى هذا الوجه حورت أحكام الفقه الحنفى في الحوالة المقيدة في التتئين المدني العراقى ، حتى تتفق هذه الأحكام مع القواعد العامة المقررة في كل من التتئين المصرى والعراقى . فنصت المادة ٣٦١ من التتئين المدني العراقى على ما يأتى :

١ - إذا كانت الحوالة مقيدة بدين للمحيل على المحال عليه أو عين مودعة أو مفصوية ، فلا يملك المحيل بعد الحوالة مطالبة المحال عليه ، ولا المحال عليه الدفع للمحيل ، فلو دفع له ضمن للمحال له ويكون له الرجوع على المحيل .
٢ - ولو أصغر المحيل قبل أداء المحال عليه الدين ، فليس لسائر الغرماء أن يشاركوا المحال له .

ويلاحظ أن الأحكام المتقدمة التى نص عليها التتئين المدني العراقى إنما هي نتيجة مستخلصة من تطبيق القواعد العامة ، فتسرى دون نص ، فيما يتعلق

(١) الأستاذ محمد صالح فى شرح القانون التجارى جزء ٢ فقرة ٥٣ - أما فى التتئين التجارى المختلط ، فقد كان حامل الكبيالة لا يملك مقابل الوفاء إلا فى حالتين: حالة تخصيص المقابل (وهذا التخصيص هو الذى يفساهى فى الفقه الإسلامى تقييد الحوالة) وحالة قبول المسحوب عليه للكبيالة . وكانت المادة ١٢٠ من التتئين المدني المختلط تجرى فى هذا المعنى على الوجه الآتى : « ومع ذلك يكون مقابل الوفاء ملكاً لحامل الكبيالة فى يوم استحقاق دفع قيمتها إذا كان عين خصيصاً لوفائها ، وكان المسحوب عليه قد قبل مع علمه هذا التتئين أو أخبر به قبل إفلاس الساحب سواء كان باعبار الساحب أو يحمل بروتستو عدم القبول أو عدم الدفع ولو كان عمله بعد الميعاد . أما إذا لم يحصل التتئين المذكور فدخل مقابل الوفاء فى روكية غرماء الساحب إذا كان القبول لم يحصل قبل علم القابل بالإفلاس » . ومن هذا يتبين أن مقابل الوفاء يكون ملكاً لحامل الكبيالة فى التتئين التجارى الوطنى ، سواء كانت الحوالة مقيدة أو مطلقة . وكذلك كان الحكم فى التتئين التجارى المختلط ، فإن مقابل الوفاء فى هذا التتئين كان يعتبر ملكاً لحامل الكبيالة فى حالة التخصيص وهذه هى الحوالة المقيدة ، وفى حالة قبول الكبيالة من المسحوب عليه وهذا هو شأن كل حوالة ، مقيدة كانت أو مطلقة ، فإن قبول المحال عليه ضرورى لانقضاء الحوالة فى جميع الأحوال .

بالحوالة المقيدة على الوجه الذى حددناه ، فى البلاد العربية الأخرى : مصر وسورية وليبيا ولبنان (١).

٣٥٠ - مائة ابطال المحررات : والأحكام التى قلمناها فى تحديد العلاقة

ما بين المدين الأصلي والمحال عليه إنما تسرى إذا بقيت الحوالة قائمة ، فانها مبنية على التزام المحال عليه بموجب الحوالة بالدين المحال به نحو الدائن .
فاذا عرض للحوالة ما يطلها - سواء كانت باتفاق بين المدين الأصلي والمحال عليه وأقرها الدائن أو كانت باتفاق بين الدائن والمحال عليه - فإن التزام المحال عليه بالدين المحال به نحو الدائن يزول بزوال الحوالة ، ويعود الدين إلى ذمة المدين الأصلي بجميع توابعه ، دون إخلال بحقوق الغير (٢). ويقتضى الدائن من المحال عليه أو من المدين الأصلي تعويضاً فى مقابل ما لحقه من الضرر ، إما بسبب فقد تأمينات سبق ترتيبها وإما لأى سبب آخر ، ما لم يثبت المحال عليه أو المدين الأصلي أنه لايد له فى إبطال الحوالة (م ١٨٠ من تقنين الالتزامات السويسرى) . ومضى أبطلت الحوالة ، وعاد الدين المحال به إلى ذمة المدين الأصلي كما قدمنا ، لم يعد للمحال عليه رجوع على المدين الأصلي ، فقد كان حقه فى الرجوع قائماً على أساس التزامه بالدين المحال به نحو الدائن ، وقد زال هذا الالتزام بإبطال الحوالة ، فزال تبعاً لذلك حقه فى الرجوع (٣).

(١) قارن الأستاذ حسن الذنون فى أحكام الالتزام فى لقانون للمنف المراق فقرة ٢١١ .
(٢) وذلك ككفيل عيني لم يرض بالحوالة ، فزال الرهن المترتب على ماله ، ثم عاد الرهن بإبطال الحوالة ، وكان هذا الكفيل قد رتب لغير حقاً على المال المرهون فى الفترة ما بين انقضاء الحوالة وإبطالها .

(٣) وتقول المذكرة الايضاحية المشروع التمهيدى فى هذا المعنى ما يلى : « وتطبق القواعد العامة عند إبطال الحوالة ، فبرأى أولاً أن الدين القديم يعود سيرته الأولى بجميع توابعه ، دون إخلال بحقوق الغير ، وبرأى من ناحية أخرى أن الدائن يكون له أن يقتضى من المحال عليه تعويضاً فى مقابل ما لحقه من الضرر ، إما بسبب فقد تأمينات سبق ترتيبها وإما بأى سبب آخر ، ما لم يثبت المحال عليه أن بطلان الحوالة والضرر الحادث يرجعان إلى سبب لا يد له فيه : انظر المادة ١٨٠ من تقنين الالتزامات السويسرى والمادة ٢/٤٥٣ من المشروع . ويلاحظ أخيراً أنه لا يجوز للمدين الأصلي فى الشريعة الإسلامية أن يطالب المحال عليه بما له قبله إلا فى حدود ما يربو على الدين المحال به » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٥١) .

القسم الثالث

انقضاء الالتزام

(Extinction des Obligations)

تمهيد

تحديد أسباب انقضاء الالتزام وتقسيم هذه الأسباب

٣٥١ - معبر الالتزام مما إلى الانقضاء : الحق الشخصى

أى الالتزام ، بخلاف الحق العيى ، مصيره حتما إلى الزوال ، فلا يجوز أن يبقى المدين ملتزماً للدائن إلى الأبد ، فإن ذلك يتعارض مع الحرية الشخصية . والأصل براءة الذمة ، أما شغلها بالالتزام فأمر عارض ، والعارض لا يدوم . وهذا لا يمنع بطبيعة الحال أن يكون المدين ملتزماً مدى حياة الدائن - لامدى حياته هو - كما فى الإراد المرتب مدى الحياة . أما إذا التزم المدين فعلا طول حياته ، فإن القانون يعالج هذا الموقف بطريقة أو بأخرى حتى لا يجعل الالتزام أبدياً . فثلاً إذا تعهد شخص بأن يؤدى على اللوام إلى شخص آخر وإلى خلفائه من بعده دخلاً دائماً (م ٥٤٥ مدنى) ، فإن هذا الدخل الدائم يكون قابلاً للاستبدال فى أى وقت شاء المدين ، ويقع باطلا كل اتفاق يقضى بغير ذلك (م ١/٥٤٦ مدنى) . وإذا جاز الاتفاق على ألا يحصل الاستبدال ما دام مستحق الدخل حياً ، أو على ألا يحصل قبل انقضاء مدة لا يجوز أن تزيد على خمس عشرة سنة (م ٢/٥٤٦ مدنى) ، فإنه لا يجوز الاتفاق على ألا يحصل الاستبدال ما دام المدين بالدخل حياً ، فإن هذا تأييد للالتزام فلا يجوز .

وإذا كان عقد الشركة غير معين المدة ، انتهت الشركة بانسحاب أحد الشركاء ، على أن يعلن الشريك إرادته فى الانسحاب إلى سائر الشركاء قبل حصوله ، وألا يكون انسحابه عن غش أو فى وقت غير لائق (م ١/٥٢٩ مدنى) . وعقد الإيجار يلزم كلا من المؤجر والمستأجر لمدة محبودة ، فإذا عقد الإيجار دون اتفاق على مدة ، أو عقد لمدة غير معينة ، اعتبر الإيجار منعقداً للفترة المعينة لدفع الأجرة ، وينتهى بانقضاء هذه الفترة بناء على طلب أحد المتعاقدين إذا هو نبه على المتعاقد الآخر بالإخلاء فى مواعيد بينها القانون (م ٥٦٣ مدنى) . وعقد العمل يبرم لحكمة معينة أو لمدة معينة ، فإذا أبرم لمدة حياة العامل أو رب العمل أو لأكثر من خمس سنوات ، جاز للعامل بعد انقضاء خمس سنوات أن يفسخ العقد دون تعويض على أن ينظر رب العمل إلى ستة أشهر (م ٦٧٨ مدنى) .

وهكذا نستطيع أن نعدد الأمثلة التي تدل على أن الالتزام لا يجوز أن يكون
أبدياً ، بل إن مصيره حتماً إلى الزوال .

وفي هذا يختلف الالتزام ، كما قدمنا ، عن الحق العيني . فإن أهم الحقوق
العينية ، وهو حق الملكية ، حق مؤبد بطبيعته ، ولا يصح إلا أن يكون مؤبداً ،
حتى إذا انتقل إلى مالك آخر فانه يتأبد بهذا الانتقال . والحقوق العينية المتفرعة
عن حق الملكية — كحق الانتفاع وحق الارتفاق — بعضها قد يكون مؤبداً ،
كحق الارتفاق إذا لم تحد له مدة فانه يتأبد مع حق الملكية الذي يلزمه ،
وحق الانتفاع مدى الحياة ، وبعضها قد يكون مؤقتاً ، كما إذا حددت معينة
لحق الانتفاع أو لحق الارتفاق .

ومن ثم كانت نظرية انقضاء الحقوق العينية محدودة الأهمية ، بعكس
نظرية أسباب كسب الحقوق العينية فإن لها المكان الأول من الأهمية .
وعلى التقيض من ذلك الالتزام ، فإن نظرية أسباب انقضائه قد لا تقل في الأهمية
عن نظرية مصادره ، بل إن هناك تقابلاً ملحوظاً بين مصادر الالتزام وأسباب
انقضائه ، فالالتزام ينشأ ويتقضى بالتصرف القانوني وبالواقعة المادية ، ولا بد
له من مصدر ينشئه كما لا بد له من سبب يقضيه .

٣٥٢ — تحديد أسباب انقضاء الالتزام : ونرى من ذلك الأهمية

البالغة لمعرفة متى ينقضى الالتزام ما دام أنه حتماً سينقضى ، فلا بد إذن من تحديد
أسباب انقضاء الالتزام .

وقد حددنا التنتين اللتين في ثمانية أسباب : (١) الوفاء (٢) الوفاء بمقابل
(٣) التجديد والإنابة في الوفاء (٤) المقاصة (٥) اتحاد الذمة (٦) الإبراء
(٧) استحالة التنفيذ (٨) التقادم .

وكثيراً ما تختلط هذه الأسباب بأسباب لا تمت لها بصلة ، كالإبطال والفسخ
والرجوع ونحو ذلك من أسباب زوال العقد . فهناك فرق واضح بين زوال العقد
— وهو مصدر الالتزام — وزوال الالتزام ذاته . غير أنه قد يكون هناك تفاعل
ما بين الشئتين ، إذ قد يزول العقد بسبب من أسباب زواله فتقضى بذلك تبعاً
الالتزامات الناشئة من هذا العقد ، وقد تزول الالتزامات الناشئة من العقد بسبب

من أسباب انقضائها فينقضى العقد تبعاً لذلك أو يصبح غير ذي موضوع (١) .
على أنه من الخير أن نفصل ما بين أسباب انقضاء الالتزام وأسباب زوال
العقد ، كما فصلنا ما بين الالتزام والعقد ، إذ أن الخلط بين الشئتين من شأنه
أن يورث الغموض والاضطراب (٢) .
فتقتصر إذن على أسباب انقضاء الالتزام الثمانية التي حددها التقنين المدني ،
وننظر كيف يمكن تقسيم هذه الأسباب .

٣٥٣ - طريقاه لتقسيم أسباب انقضاء الالتزام : ويمكن تقسيم
هذه الأسباب من وجوه عدة . ولكننا نقف عند تقسيمين اثنين ، أحدهما
تقسيم علمي ، والآخر تقسيم عملي (٣) . وبالتقسيم العملي أخذ التقنين المدني
المصري الجديد ، وسنتابه في الأخذ به .

٣٥٤ - التقسيم العلمي - التصرف القانوني والواقعة المادية :
والتقسيم العلمي لأسباب انقضاء الالتزام هو نفس التقسيم العلمي لمصادره ،
كما سبق القول . فتتقسم أسباب الانقضاء ، كما تنقسم المصادر ، إلى التصرف

(١) دى باج ٣ ققرة ٣٩١ .
(٢) وقد ينقضى الالتزام بتحقيق الشرط الفاسخ أو عدم تحقق الشرط الواقف ، ولكن
الشرط وصف في الالتزام كما رأينا لا سبب لانقضائه . وله أثر رجعي ، فيعتبر الالتزام كأنه
لم يوجد بتحقيق الشرط الفاسخ أو بعدم تحقق الشرط الواقف ، والفرق واضح بين التزام لم
يوجد والتزام وجد ثم انقضى . أما الأجل الفاسخ في الالتزام لزمى فقد رأينا أنه عنصر الزمن
الجوهري في الالتزام ، بل هو محل الالتزام ، فانقضائه هو استيفاء للالتزام فيكون انقضاء
الالتزام آتياً عن طريق الوفاء .
ولموت قد يكون سبباً في انتهاء العقد فينقضى بانتهائه الالتزام ، كما في الوكالة وعقد العمل
والإيراد المرتب على الحياة .

(٣) وهناك تقسيمات أخرى ، نشير منها إلى اثنين : (١) هناك أسباب تنقضي الالتزام
بطريق غير مباشر من طريق انقضاء العقد بالإبطال أو الفسخ أو الرجوع أو نحو ذلك ،
وأسباب تنقضي الالتزام بطريق مباشر كالوفاء والتجديد والإبراء والتقادم (بيدان ولاجار ٩
فقرة ٩٩٠) . (ب) أسباب انقضاء الالتزام ترجع إما لإرادة المتعاقدين كما في الأجل الفاسخ
والإبراء ، ولما لا تعدم أحد أركان الالتزام كما في اتحاد اللمة وهلاك المحل ، ولما تنفذ بمقابل
كما في الوفاء بمقابل والمقاصة ، ولما لتقادم (بلانيول وريبير وبولانجي ٢ فقرة ١٩٨٣) .
أنظر أيضاً في تقسيم أسباب الالتزام دى باج ٣ فقرة ٣٩٠ - فقرة ٣٩١ .

القانوني (acte juridique) والواقعة المادية (fait matériel). وقد سبق أن ميزنا ، في الجزء الأول من الوسيط ، بين التصرف القانوني والواقعة المادية ، فلا نعود إلى ذلك . ونقتصر هنا على بيان ما يعتبر من أسباب الانقضاء واقعة مادية ، وما يعتبر منها تصرفاً قانونياً .

فأسباب الانقضاء التي تعتبر واقعة مادية هي : (١) انحاد الذمة ، وتلخص في واقعة اجتاع صفقي المدين والدائن في شخص واحد . (٢) استحالة التنفيذ ، فالسبب الأجنبي الذي يجعل الالتزام يتقضى هو واقعة مادية لا تنسب إلى خطأ المدين . فإذا استحال تنفيذ الالتزام بخطأ المدين ، فإن الخطأ ، وهو أيضاً واقعة مادية ، لا يقضى الالتزام ، بل يحوله إلى تعويض . (٣) التقادم ، وهو واقعة مادية هي انقضاء زمن معين ، فينقض الالتزام بانقضائه . (٤) المقاصة إذ هي تقابل دينين من نوع واحد بشروط معينة . وتقرن هذه الواقعة المادية ، في التقنين المدني الجديد ، على غرار التقنينين الألماني والسويسري ، بتصرف قانوني هو إعلان أحد طرفي المقاصة لإرادته في التمسك بها ، فالمقاصة إذن واقعة مركبة (fait complexe) ، كالشفعة في أسباب كسب الملكية . أما في التقنين المدني السابق وفي التقنين المدني الفرنسي ، فالمقاصة واقعة مادية محضة تقع بمجرد تقابل الدينين دون حاجة إلى التمسك بها .

وأسباب الانقضاء التي تعتبر تصرفاً قانونياً هي : (١) الوفاء ، وهو واقعة مختلطة (fait mixte) ، إذ هو مزيج من تصرف قانوني وعمل مادي ، ولكن التصرف القانوني هو الغالب . (٢) الوفاء بمقابل ، وهو مثل الوفاء . (٣) التجديد ، إذ هو اتفاق بين أطراف متعددين كما سنرى . (٤) الإبراء ، إذ هو إرادة منفردة ، وقد كان اتفاقاً في التقنين المدني السابق .

٣٥٥ — أهمية هذا التقسيم العلمي محدودة : وهذا التقسيم يعين على تفهم حقيقة علمية هي أن جميع مصادر الحقوق وأسباب انقضائها تنحصر في التصرف القانوني والواقعة المادية . ولكن نظرية التصرف القانوني والواقعة المادية لم تعد بعد مراحلها الأولى في الفقه ، ولم يحن الوقت لاتخاذ هذا التقسيم أساساً لبحث الموضوع ، كما بينا ذلك في الجزء الثاني من الوسيط .

والجميع بين أسباب الانقضاء التي هي تصرف قانوني في جهة ، وبين أسباب الانقضاء التي هي واقعة مادية في جهة أخرى ، أهميته محدودة . ويمكن القول بوجه عام أن الأسباب التي هي تصرفات قانونية تشترك جميعاً في أنها تعبر عن الإرادة ، يقتضى أن تتوافر أهلية معينة ، وأن يكون خالياً من عيوب الإرادة ، وأن يكون له محل وسبب . ولا كذلك الأسباب التي هي وقائع مادية فهذه لا تخضع لنظرية التصرف القانوني ، وهي مجرد وقائع مادية لا تقتضى أهلية ، ولا تدخلها عيوب الإرادة ، ولا أهمية فيها للمحل ، ولا يقوم بها سبب .

وسنعرض لذلك عند الكلام في كل سبب من أسباب الانقضاء ، ولكننا لا نتخذ هذا التقسيم العلمى أساساً لبحث الموضوع لما قلناه ، ونؤثر أن تتبع التقسيم العمل الذى سار عليه التقنين المدنى الجديد ، وننتقل الآن إليه .

٣٥٦ - التقسيم العلمى - انقضاء الالتزام بتغييره عيناً أو بتغييره

بمقابل أو دونه تغيير : ويقسم التنفيذ المدنى الجديد - ومثله تقنين الموجبات والعقود البنائى (١) - أسباب انقضاء الالتزام أقساماً ثلاثة :

(القسم الأول) ويتضمن انقضاء الالتزام بتنفيذه عيناً ، أى بقضاء نفس محل الالتزام ، وهذا القسم لا يشمل إلا الوفاء (paiement) . وهو الطريق المألوف لقضاء الدين ، وما عداه ليس أصلاً مثله بل بديلاً عنه .

(القسم الثانى) ويتضمن انقضاء الالتزام بتنفيذه ، لا بالوفاء عيناً ، بل بما

(١) أنظر أيضاً چوسران ٢ فقرة ٨٣٣ .

هذا وتنص المادة ٢٩٠ من تقنين الموجبات والعقود البنائى على ما يأتى : « تسقط الموجبات أولاً — بتنفيذها وهو الوجه الطبيعي لسقوطها (الإيفاء) . ثانياً — بتدبير أو حادث يضمن الدائن الحصول على منفعة غير التى يحق له أن يطلبها (كالإيفاء بأداء الموضع وتجديد الموجب والمقاصة واتحاد الذمة) . ثالثاً — بأسباب تسقط الموجب أو يمكن أن تسقط مع قطع النظر عن حصول الدائن على منفعة ما (كاستحالة التنفيذ والإبراء من اللعين ومروور الزمن) . وتنص المادة ٢٩١ من نفس التقنين على ما يأتى : « إن سقوط الموجب الأصيل يؤدي إلى سقوط الموجبات الفرعية والتأمينات المنقولة التى كانت مخصصة بالدين . وينشأ عنه حق محو القيود المختصة بالتأمينات غير المنقولة » .

يعادل الوفاء . ويشمل : (١) الوفاء بمقابل (dation en paiement) .
(٢) والتجديد (novation) ، فهو يقضى التزاماً قديماً بالتزام جديد. (٣) والمقاصة
(compensation) ، فهو يقضى التزاماً بالتزام يقابله . (٤) واتحاد الدمة
(confusion) ، فهو يقضى الدين عن طريق أن يصبح المدين نفسه دائناً
بهذا الدين .

(القسم الثالث) ويتضمن انقضاء الالتزام دون أن ينفذ لا عيناً ولا بمقابل .
ويشمل : (١) الإبراء (remise de dette) ، إذ ينزل الدائن عن حقه
دون مقابل . (٢) استحالة التنفيذ بسبب أجنبي (impossibilité d'exécution
due à une cause étrangère) ، إذ يقضى السبب الأجنبي الالتزام دون
تعويض أو أى مقابل آخر . (٣) التقادم المسقط (prescription extinctive) ،
إذ ينقضى الالتزام بمضى مدة معينة دون أن ينفذ لا عيناً ولا بمقابل (٢) .
ونتناول في أبواب ثلاثة متعاقبة هذه الأقسام الثلاثة لأسباب الانقضاء .

(١) انظر المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في مجموعة الأعمال الصغيرة ٣ ص ١٦٦ .

البُحْثُ الْأَوَّلُ

انقضاء الالتزام بتنفيذ عينا

الوفاء (*)

(LE PAIEMENT)

مقدمة

التكليف القانوني للوفاء

وما يترتب على هذا التكليف

٣٥٧ — التكليف القانوني للوفاء : الوفاء واقعة مختلطة (fait mixte)

كما قلدنا ، فهو يجمع بين التنفيذ المادى للالتزام ، كتسليم مبلغ من النقود

* مراجع : أوبرى ورو ٤ — بودرى وبارد ٢ — بلانبول وريبير وردوان ٧ —

بيدأن ولا جارد ٨ — دى باج ٣ .

جونسكو (Jonesco) في الآثار القانونية للوضع الظاهر في القانون الخاص رسالة من
ستراسبورج سنة ١٩٢٧ — لاباق (Labatut) في نظرة الميسرة رسالة من تولوز
سنة ١٩٢٧ — ميلويك (Milosc) في نظرة الميسرة رسالة من باريس سنة ١٩٣٦ —
ديفو (Deveau) رسالة من باريس سنة ١٩٣٧ — بانسييه (Pansier) رسالة من مونبيلييه
سنة ١٩٣٧ — ساراكاريه (Sarah Carré) رسالة من باريس سنة ١٩٣٨ — رولان
تكسييه (Roland Texier) رسالة من باريس سنة ١٩٣٨ — لورين (Laurain) رسالة
من بوردو سنة ١٩٤٠ — الدكتور عبد الباسط جيجي في الوضع الظاهر رسالة من القاهرة
سنة ١٩٥٥ .

ديمونتيس (Demontès) الوفاء بطريق الشيكات في المجلة الانتقادية سنة ١٩٢٦ —
واهل (Wahl) في الوقت الذي يعتبر فيه الإيراد المدفوع بطريق الشيكات قد قبض من ناحية
الضريبة على الإيراد في مجلة دافني الضرائب نوفمبر سنة ١٩٤٤ .

أو إقامة بناء أو الامتناع عن المنافسة ، وبين الاتفاق على قضاء الدين والاتفاق تصرف قانوني (١) .

ولكن الوفاء إذا كان واقعة مختلطة ، فإنه يغلب فيه عنصر التصرف القانوني ، ولذلك يلحق عادة بالتصرفات القانونية . وقد يكون من الممكن أن نكفيه بأنه تصرف قانوني حقيقي (acte juridique réel) ، إذ هو تصرف لا يتم إلا بعمل مادي هو التنفيذ (٢) .

٣٥٨ - ما يترتب على هذا الشكيف : وبمخلص مما تقدم أن الوفاء هو اتفاق على قضاء الدين . ومن ثم يكون هناك أمران : (أولاً) أن الوفاء اتفاق . و (ثانياً) أنه اتفاق على قضاء الدين .

(١) والوفاء والتفدية المعنى للالتزام هما في الواقع شيء واحد ، وقد حدثت بعض التفتينات الحديثة ، كتفتين الالتزامات السويسرية وتفتين الالتزامات البولوف ، إلى عدم الفصل بينهما وإدماجهما جميعاً في مكان واحد . ولكن جرت التقاليد على أن يقسم هذا الموضوع قسمين ، فما يتعلق بكيفية التنفيذ المعنى يذكر في آثار الالتزام ، وما يتعلق بالتنفيذ باعتباره سبباً لانقضاء الالتزام — ويتناول ذلك تعيين من يقوم بالوفاء ولمن يكون الوفاء وما هو محل الوفاء — يذكر في أسباب انقضاء الالتزام . وقد زل التفتين اللذان الجديد على هذه التقاليد . وبعض الفقهاء يبالغون الوفاء في باب تنفيذ الالتزام (أنظر على سبيل المثال بيدان ولا جارد ٨ فقرة ٤٥٩) . وتقول المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في هذا الصدد : « جرى المشروع على التقليد اللاتيني ، فزل الأحكام المتعلقة بالوفاء عن الأحكام المتعلقة بآثار الالتزام ، مع ما بين هذه وتلك من وثيق الصلات في نواح عدة . وقد بلغ من أمر هذه الصلات أن محد بعض التفتينات ، كالتفتين السويسرية والتفتين البولوف ، إلى الخروج على ذلك التقليد وجمع هاتين الطائفتين من الأحكام تحت عنوان مشترك هو تنفيذ الالتزامات . على أن اختيار مذهب الفصل قد اقتضى المشروع عناية خاصة لتجنب التكرار ، حيث لا يؤمن توقيه إزاء ما بين هذه الأحكام جميعاً من قوة الارتباط » (مجموعة الأعمال التفسيرية ٣ ص ١٦٦ — ص ١٦٧) .

(٢) ويشير بيدان ولا جارد إلى أن فكرة الاتفاق بين الدائن والمدين على الوفاء تخفى عادة تحت ستار محل مادي هو تسلم الدائن من المدين ما يوفى هذا به الدين . على أن فكرة الاتفاق هذه تبرز إذا وقع نزاع بين الطرفين على صحة الوفاء . وتسلم الدائن ما يطليه المدين وفاء لدينه هو قبول هذا الوفاء ، ومن شأنه أن ينتقل صبه الإثبات من المدين إلى الدائن . فقبل هذا التسلم كان المدين هو المكلف بإثبات أنه عرض على الدائن وفاء صحيحاً ، ولكن بعد التسلم يكون الدائن هو المكلف بإثبات أن الوفاء الذي قبله من المدين لم يكن وفاء صحيحاً . ذلك أن قبول الدائن الوفاء عن طريق تسلمه ما أعطاه إياه المدين قرينة على أن الوفاء صحيح ، فإذا ادعى الدائن عكس ذلك فليبه هو يقع صبه الإثبات (بيدان ولا جارد ٨ فقرة ٤٦١ - ٤٦٣) .

وتتناول بالبحث كلا من هذين الأمرين .

§ ١٥ - الوفاء اتفاق

٣٥٩ - ما يترتب على أنه الوفاء اتفاق : ما دام الوفاء اتفاقاً

(convention) بين الموفى والموفى له ، فهو إذن تصرف قانونى (acte juridique) يجرى عليه ، من الأحكام ما يجرى على سائر التصرفات القانونية (١) .

فلا بد فيه من التراضى ، أى تراضى الموفى والموفى له على وفاء الالتزام . والتراضى يكون بالتعبير عن الإرادة على النحو المقرر قانوناً . ويغلب أن يكون التنفيذ المادى للالتزام هو نفسه تعبير عن هذه الإرادة ، فتسليم الموفى الشيء الذى التزم به هو لإيجاب ، وتسلم الموفى له هذا الشيء على أنه وفاء للدين هو القبول .

ويشترط فى هذا التراضى أن يكون صادراً من ذى أهلية ، وستكلم فى أهلية الموفى وأهلية الموفى له فيما يلى . ويشترط أيضاً أن يكون خالياً من عيوب الإرادة من غلط وتدليس وإكراه (٢) واستغلال ، فإذا داخل الوفاء شيء من ذلك كان قابلاً للإبطال . ومن ثم فإن الموفى إذا وقع فى غلط واعتقد بحسن نية أنه يوفى ديناً عليه ولا دين ، فانه يستطيع استرداد ما وفى به عن طريق إبطال هذا التصرف القانونى المشوب بالغلط وهو الوفاء . وهذا هو المبدأ المعروف باسترداد غير المستحق ، يقوم على هذا الأساس القانونى . وكذلك الأمر لو أكره الموفى على وفاء دين انقضى ، ثم وجد فى أوراقه الخصاله التى تثبت أنه هو أو مورثه كان قد وفى بالدين ، فانه يستطيع هنا أيضاً استرداد غير المستحق عن طريق إبطال الوفاء المشوب بالإكراه (٣) .

(١) بيدان ولاجارد ٨قرة ٤٦٠ .

(٢) استئناف مخطط ١٥ يوفيه سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤٣١ .

(٣) استئناف مخطط ٢٦ مارس سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ١٥١ — ١١ مارس سنة ١٩٤٨ م

كذلك يجب أن يكون الوفاء — شأنه في ذلك شأن كل تصرف قانوني — محل وسبب .

فحل الوفاء هو نفس محل الدين الذي يوفى به ، وسيأتى الكلام فيه تفصيلاً .
وسبب الوفاء هو قضاء الدين ، وهذا هو الباعث الرئيسى لهذا التصرف القانونى (١) . فاذا كان الدين غير مشروع ووفاه المدين بالرغم من عدم مشروعيته ، فإن سبب الوفاء يكون هنا غير مشروع ، ومن ثم يقع باطلاً ، ويجوز للموفى أن يسترد ما دفعه ، ولا يعترض ذلك القاعدة القديمة التى كانت تقضى بأن المحل غير المشروع إذا وفى به لا يسترد (٢) .

ثم إن الوفاء ، باعتباره تصرفاً قانونياً ، يخضع للقواعد العامة فى إثبات التصرفات القانونية . ولما كان هذا الحكم فى حاجة إلى شيء من التفصيل ، فنتناوله الآن بالبحث .

٣٦٠ — إثبات الوفاء — النصوص القانونية : قدمنا عند الكلام

فى الإثبات (٣) أن إثبات الوفاء بالالتزام يقع عبؤه على المدين (٤) ، ويثبت بالطرق التى يثبت بها قيام الالتزام ، فلا بد من الكتابة أو ما يقوم مقامها فيما زادت قيمته على عشرة جنيهات ، وإلا جازت البينة والقرائن .

غير أن التقنين الجديد أورد نصاً خاصاً فى إثبات الوفاء ، هو المادة ٣٤٩ ، وتجبرى على الوجه الآتى :

١ — لمن قام بوفاء جزء من الدين أن يطلب مخالصة بما وفاه مع التأشير على سند الدين بمحصول هذا الوفاء . فاذا وفى الدين كله ، كان له أن يطلب

(١) والوفاء يفترض وجود دين سابق يوفى به ، فسبب الوفاء إذن مفروض . وإذا ادعى الموفى أنه لم يكن يوجد دين سابق وأن الوفاء كان عن غلط وقع فيه ، ف عليه هو إثبات ذلك (بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ بقرة ١٥٤٠ — بلانيول وريبير وودوان ٧ بقرة ١١٤٩) .

(٢) انظر الوسيط جزء أول بقرة ٣٣٨ .

(٣) انظر الجزء الثانى من الوسيط .

(٤) استئناف غنط ١٣ نوفمبر سنة ١٨٨٩ م ١ ص ٣١٩ .

رد سند الدين أو إلغائه ، فإن كان السند قد ضاع كان له أن يطلب من الدائن أن يقر كتابة بضياح السند .

٢ - فإذا رفض الدائن القيام بما فرضته عليه الفقرة السابقة ، جاز للمدين أن يودع الشيء المستحق إيداعاً قضائياً (١) .

(١) تاريخ النص : وود هذا النص في المادة ٨٩٦ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي :
« ١ - لمن قام بالوفاء أن يطلب محالصة بما وفاه مع التأشير على سند الدين بمحصل هذا الوفاء ، ويكون كل ذلك على نفقته . فإذا أنقضى الدين كله ، كان له أن يطلب رد سند الدين أو إلغائه ، فإن كان السند قد ضاع ، كان له أن يطلب من الدائن إقراراً كتابياً بضياح السند . ويجب أن يكون توقيع الدائن على الإقرار مصدقاً عليه ، وتكون نفقة التصديق على الدائن ٢ - فإذا رفض القيام بما فرضته عليه الفقرة السابقة ، جاز للمدين أن يودع الشيء المستحق إيداعاً قضائياً » . وفي لجنة المراجعة خلعت عبارة « ويكون كل ذلك على نفقته » الواردة في الفقرة الأولى اكتفاء بالحكم الوارد في المادة السابقة الذي يقضي بأن تكون نفقات الوفاء على المدين ، وأصبح رقم المادة ٣٩١ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب . وفي لجنة مجلس الشيوخ حلف من آخر الفقرة الأولى عبارة « ويجب أن يكون توقيعه على الإقرار مصدقاً عليه ، وتكون نفقة التصديق على الدائن » لأنها قد تصرف للآخر إلى أن عدم التصديق يسقط حجية الإقرار ، فضلاً عما ينشأ عن بقائها من حرج وإشكالات في الممارسات ، وأصبح رقم المادة ٣٩٩ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته لجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٣١ - ص ٢٣٣) .

ولا مقابل لهذا النص في التفتين المنفي السابق ، ولكن الحكم كان ممسولاً به دون نص لاتفاقه مع القواعد العامة .

ويقابل النص في التفتينات المنفية العربية الأخرى : التفتين المنفي السوري م ٢٤٧ (مطابقة لمادة ٣٤٩ من التفتين المنفي المصري) .

التفتين المنفي الليبي م ٣٣٦ (مطابقة لمادة ٣٤٩ من التفتين المنفي المصري) .

التفتين المنفي العراقي : لا مقابل فيه ، ولكن يمكن العمل بهذا الحكم في العراق لاتفاقه مع القواعد العامة (انظر الأستاذ حسن الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ٣٠١) .

تفتين الموجبات والمقود البناني م ٣٠٥ : يشهد الإيفاء حادة بسند الإيصال الذي يطيه الدائن للمدين ، وهو مثبت لتاريخه بنفسه بالنظر إلى المتماثلين أنفسهم . وإذا لم يكن هناك سند إيصال فيمكن استعراج البيئة إما من قيود سجلات الدائن وأوراقه البيتية ، وإما من القيود التي كتبها الدائن ذليلاً أو هامشاً على سند الدين .

م ٣٠٦ : يحق للمدين الذي قام بالإيفاء التام أن يطلب ، علاوة على سند الإيصال ، تسليم السند نفسه إليه أو إتلافه . أما إذا كان الإيفاء جزئياً فيمكنه أن يطلب ، علاوة على سند الإيصال ، ذكر ما دفعه على سند الدين المحفوظ عند الدائن .

‘ولا نعيد هنا ما قدمناه في إثبات الوفاء بالالتزام(١) من جواز إثبات الوفاء بمخالصة مكتوبة ، ومن أن المخالصة يجوز أن تسرى في حق الغير ولو لم تكن ثابتة التاريخ (م ٣٩٥/٢ مدنى) . كذلك نشير هنا إلى ما قدمناه في قسم الإثبات من أن الدفاتر والأوراق المتزيلة تكون حجة على من صدرت منه إذا ذكر فيها صراحة أنه استوفى ديناً (م ٣٩٨ بند أ مدنى) ، وإلى أن التأشير على سند بما يستفاد منه براءة ذمة المدين حجة على الدائن إلى أن يثبت العكس ولو لم يكن التأشير موقعاً منه ما دام السند لم يخرج قط من حيازته ، وكذلك يكون الحكم إذا أثبت الدائن بخطه دون توقيع ما يستفاد منه براءة المدين في نسخة أصلية أخرى للسند أو في مخالصة وكانت النسخة أو المخالصة في يد المدين (م ٣٩٩ مدنى) .

على أن نص المادة ٣٤٩ المتقدم الذكر يضيف شيئاً جديداً إلى ما سبق أن ذكرناه . فالأصل أن المدين إذا وفى بالدَيْن أو بجزء منه ، فن جقه أن يحصل من دائته على دليل لإثبات هذا الوفاء . فان كان القانون يتطلب سنداً مكتوباً ، فن جقه أن يحصل من دائته على مخالصة مكتوبة ، وهذا هو الدليل المألوف لإثبات الوفاء الكلى أو الجزئى . إلا أن المادة ٣٤٩ مدنى أضافت إلى ذلك أن من حق المدين أيضاً ، بالإضافة إلى هذه المخالصة ، أن يطلب من الدائن رد السند الأصلى للمدين أو إعداد هذا السند أو إلغائه إذا كان الوفاء كلياً ، فان كان الوفاء جزئياً كان للمدين أن يطلب التأشير على السند بما وفاه . والغرض من ذلك إمعان في الاحتياط للتزود بمختلف الأدلة على الوفاء ، فان المخالصة قد تضيق فلا يبقى عند المدين دليل لإثبات الوفاء . أما إذا رد السند الأصلى للمدين أو ألغى في حالة الوفاء الكلى ، أو أشر عليه بالوفاء الجزئى ، فقد امتنع على الدائن أن يطالب بالدَيْن أو بما وفى منه مرة أخرى ، حتى لو ضاعت المخالصة من المدين . ونفقة كل ذلك على المدين ، فان نفقات الوفاء عليه (م ٣٤٨ مدنى) ، وقد كان المشروع التمهيدى يشتمل على نص في هذا المعنى فحللته لجنة المراجعة لعدم الحاجة إليه(٢) .

(١) انظر الجزء الثانى من الوسيط .

(٢) انظر تاريخ نص المادة ٣٤٩ في نفس الفقرة في الماش .

وإذا كان السند الأصلي للدين قد ضاع من الدائن، أو ادعى الدائن ضياعه، فعلى الدائن في هذه الحالة أن يقر كتابة بضياع السند . وليس من الضروري أن يكون هذا الإقرار مصدقاً على الإمضاء فيه ، ولكن التصديق يجعل للمدين في مأمن من إنكار الدائن لتوقيعه إلا عن طريق الطعن بالتزوير (١) .

وقد أوجب القانون على الدائن أن يعطى لمدينه المخالصة ، وإن رد له في الوقت ذاته السند أو يعلمه أو يبلغه أو يؤشر عليه بالوفاء الجزئي أو يكتب له إقرار بضياعه ، إلى حد أنه لو امتنع من ذلك ، جاز للمدين أن يلجأ في وفاء دينه إلى طريق العرض الحقيقي بما يتضمنه هذا العرض من مصروفات تكون على حساب الدائن لامتناعه بغير حق من تمكين المدين من طرق إثبات الوفاء التي قررها القانون .

ويلاحظ أن الجمع بين المخالصة وتسليم السند أو إعدامه أو إلغائه أو التأشير عليه بالوفاء الجزئي أو الإقرار المكتوب بضياعه ليس ضرورياً ، وإنما هو كما قلنا إيمان في الإحتياط . فيجوز للمدين أن يكتفى بالمخالصة ، وتكون دليلاً كاملاً على الوفاء الكلي أو الجزئي . كما يجوز له أن يكتفى باسترداد السند أو إعدامه أو إلغائه ، ولكن هذا كما يكون قرينة على الوفاء قد يكون أيضاً قرينة على الإبراء (٢) . أما التأشير بالوفاء الجزائي فهو دليل كامل على هذا الوفاء ، ولا ينحصر عليه من الضياع ، فانه لا يضيغ إلا إذا ضاع سند الدين نفسه (٣) .

(١) وقد كان المشروع انتهى يشتدل على نص يقضى بأن يكون الإقرار مصدقاً عليه وبأن يكون نفقة التصديق على الدائن ، ولكن لجنة مجلس الشيوخ حذفت هذا النص ، حتى لا ينصرف القدر إلى أن عدم التصديق يسقط حجية الإقرار ، ولتجنب تمقيد الإجراءات (انظر تاريخ نص المادة ٣٤٩ في نفس الفقرة في الخامس) .

(٢) بلائيول وريبير ورودان ٧ فقرة ١٢٠١ .

(٣) انظر المذكرة الإيضاحية لمشروع انتهى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٢٢ ، والمادة ٨٨ من تقنين الالتزامات السويسري .

وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا فسرت حكمة الموضوع كلمة ومثولة و الواردة في وصول بأنها لا تقطع بأن المرفق دفع الدين من ماله الخاص ، فانها لا تكون قد انخرقت من المني الذي تزديه هذه العبارة ولم تخلف في تطبيق القانون إذا هي أحالت الأمر إلى التحقيق لإثبات أن المبلغ قد دفع من مال المتسلك بهذا الوصول (نقض مذ ٢٨ أكتوبر سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٣ ص ٤٥) .

٢٥ - الوفاء اتفاق على قضاء الدين

٣٦١ - الوفاء اتفاق له مقومات خاصة : على أن الوفاء ، إذا كان اتفاقاً ، فهو اتفاق له مقوماته الخاصة . فهو اتفاق على قضاء دين قائم ، له أطراف معينة وعمل معلوم . فهو ليس كالاتفاق الذي ينشئ الالتزام ، وإن كان يقابله . ذلك أن الاتفاق الذي ينشئ الالتزام ابتداءً أساسه الحرية الكاملة للمتعاقدين . لما أن يتفقا وألا يتفقا ، فإبرام العقد الذي ينشئ الالتزام ليس مفروضاً عليهما . وإذا اختارا الاتفاق ، فلهما الحرية الكاملة في أن يميّنا محل الالتزام الذي يكون موضوع اتفاقهما ، يستطيعان أن يميّنا هذا المحل أو ذاك ، ويستطيعان بعد ذلك أن يبدلا فيه فيزيده أو ينقصه أو يستبدلا به محلاً آخر .

أما الوفاء فهو اتفاق على قضاء دين قائم كما قدمنا . فهو حكم مفروض على كل من المدين والدائن ، وعمله هو نفس عمل الدين الذي يوفى به لا يزيد ولا ينقص ولا يتحور (١) .

فهناك إذن مسألتان : (١) الوفاء اتفاق مفروض على كل من المدين والدائن . (٢) وهو اتفاق عمله مفروض أيضاً على الطرفين ، إذ هو نفس عمل الدين القائم .

— وقضت أيضاً بأنه إذا كان المضى عليه يستند في إثبات براءة ذمت من الدين لا إلى تصرف قانوني بل إلى واقعة مادية هي استيلاء المؤجر على الزراعة التي كانت قائمة بالعين للمؤجرة ، وأن قيمة ما استولى عليه يزيد على قيمة الإيجار المطالب به ، فإنه لا تثير على المحكة إن هي أجمعت الدعوى إلى التحقيق لإثبات هذه الواقعة ، حتى لو كان الإيجار الذي يتسلك المستأجر ببراءة ذمت منه يزيد على نصاب الهيئة (نقض مدني ٢٨ أكتوبر سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٤ ص ٥٥) .

والخاصة بسبب متأخر قرينة الوفاء بالأقساط المتقدمة على هذا القسط ، إلا إذا أثبت الدائن غير ذلك . وتقول المادة ٥٨٧ مدني في هذا المعنى إن الوفاء يقسط من الأجرة قرينة الوفاء بالأقساط السابقة على هذا القسط ، حتى يقوم الدليل على العكس (استئناف مخطط ٢٨ مايو سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٣٦٠) . وتبليغ سند الدين للمدين قرينة على الوفاء بالدين ، إلا إذا أثبت الدائن غير ذلك (استئناف مخطط ٢٥ أبريل سنة ١٢٨٩ م ٦ ص ٢٤٧ — ١٣ فبراير سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ١١٧) .

(١) أنظر ما يقارب هذا المعنى في بيدان ولا جارد ٨ فقرة ٤٦٠ .

٣٦٢ - الوفاء اتفاق مفروض على كل من المدين والمدين :

لما كان الوفاء هو اتفاق على قضاء دين واجب ، فليس ثمة محيص لكل من المدين والدائن من إبرام هذا الاتفاق ، والوجوب هنا مستمد من وجوب قضاء الدين .
فالوفاء اتفاق مفروض أولاً على المدين . ذلك أنه يجب عليه وفاء الدين ، فالإتفاق مع الدائن على هذا الوفاء يكون واجباً عليه . وإذا لم يتم بهذا الواجب ، كان الجزاء هو إجباره على وفاء التزامه عن طريق التنفيذ القهرى ، وإجراءات التنفيذ لإجراءات مادية فى مجموعها .

ثم إن الوفاء اتفاق مفروض بمد ذلك على الدائن نفسه ، فلا يملك الدائن أن يمتنع عن قبول الوفاء . ولو عرض المدين الدين على الوجه الواجب قانوناً ، وامتنع الدائن عن قبوله ، فانه يجبر على القبول من طريق إجراءات العرض الحقيقى التى سيأتى تفصيلها . ويحتل يصبح الوفاء الذى يشتمل عليه العرض الحقيقى تصرفاً قانونياً بإرادة منفردة (acte juridique unilatéral) هى إرادة المدين ، وليس اتفاقاً (convention) بين المدين والدائن . ومن ذلك نرى أن الوفاء يكون فى الأصل اتفاقاً ما بين المدين والدائن ، إلا إذا رفض الدائن دون حق قبول الوفاء وعرض المدين الدين عرضاً حقيقياً ، فمئذئذ يصبح الوفاء تصرفاً قانونياً بإرادة منفردة هى إرادة المدين وحده (١) .

٣٦٣ - الوفاء اتفاق محله هو نفس محل الدين الواجب الوفاء :

ولا يملك الطرفان ، كما قلنا ، أن يغيرا من محل الوفاء ، فهذا المحل يجب أن يكون هو نفسه محل الدين الواجب الوفاء . فان كان المحل نقداً ، وجب أن يكون الوفاء بهذا النقد . وإن كان عيناً أو عملاً أو امتناعاً عن عمل ، وجب أن يكون الوفاء بهذا نفسه دون أى تحويل . ولا يستطيع المدين أن يجبر الدائن على أن يقبل الوفاء بغير محل الدين ولو كان ما يقب به أكثر مما التزم ، وكذلك لا يستطيع الدائن أن يجبر المدين على أن يقب له بغير محل الدين ولو كان هذا أقل من قيمة

(١) قارب دى باج ٣ فقرة ٣٩٦ - وقارن الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ٨ -

الدين . فلا خيار إذن لا للمدين ولا للدائن في تعيين محل الوفاء ، بل يجب أن يكون هو عين محل الدين الواجب الأداء . أما إذا وفى المدين بغير محل الدين ، فليس هذا وفاء بل هو وفاء بمقابل ، وهو يقتضى اتفاق المدين والدائن ، ولا يتم بإرادة أحدهما دون الآخر كما سنرى .

ويتبين من ذلك أن المقومات الخاصة للوفاء هي أنه مفروض على طرفيه ومفروض في محله . فتكلم في الوفاء : (١) على طرفيه (٢) ثم على محل الوفاء ، متابعين في ذلك الترتيب الذى سار عليه التقنين المدنى الجديد (١) .

(١) ولم يستحدث التقنين المدنى الجديد شيئاً كثيراً في الوفاء مما كان عليه التقنين المدنى السابق ، فيما عدا أن التقنين المدنى الجديد قد شبهت حدود بعض الأحكام ، كما فعل في النصوص الخاصة بتعيين من يصح الوفاء منه والنصوص المتعلقة بالوفاء مع الجلول وما يترتب عليه من آثار وما ينشأ في شأنه من نزاع . كذلك عرض التقنين الجديد للقواعد الموضوعية المتعلقة بالعرض الحقيق والإبداع ، وترك الإجراءات الشكلية لتقنين المرافعات (أنظر المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٦٧ — ص ١٦٨) .

الفصل الأول

طرفا الوفاء

٣٦٤ - **الموفى والموفى له** : طرفا الوفاء هما الموفى ويطلب أن يكون هو المدين نفسه وقد يكون غير المدين ، والموفى له ويطلب أن يكون الدائن وقد يكون غير الدائن .

الفرع الأول

الموفى (Solvens)

٣٦٥ - **يشترط لصحة الوفاء من الموفى الملكية وأهلية التصرف** -

النصوص القانونية : تنص المادة ٣٢٥ من التقنين المدني على ما يأتي :

١ - يشترط لصحة الوفاء أن يكون الموفى مالكا للشيء الذي وفى به ، وأن يكون ذا أهلية للتصرف فيه .

٢ - ومع ذلك فالوفاء بالشيء المستحق ممن ليس أهلا للتصرف فيه ينقضى به الالتزام إذا لم يلحق الوفاء ضرراً بالموفى (١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٤٦٠ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٢٧ من المشروع النهائي ، فجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٣٢٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٧٤ - ١٧٥) .

وقابل هذا النص في التقنين المدني السابق للمادتين ١٦٥/٢٢٨ و ١٦٦/٢٢٩ (٢).
 ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري
 المادة ٣٢٤ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٣١٢ - وفي التقنين المدني العراقي
 المواد من ٣٧٦ إلى ٣٧٨ - ولا مقابل لها في تقنين الموجبات والعقود اللبناني (٣).

(٢) التقنين المدني السابق م ٢٢٨/١٦٥ : يشترط لصحة الوفاء أن يكون المدين أهلاً
 لتصرف والدائن أهلاً لقبول .

م ٢٢٩/١٦٦ : ومع ذلك يزول الدين بدينه من ليس أهلاً لتصرف إذا كان مستحقاً عليه ولم
 يمد عليه ضرر من دونه - (ونمحق أحكام التقنين المدني السابق مع أحكام التقنين المدني الجديد) .
 (٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٣٢٤ (مطابقة المادة ٣٢٥ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني الليبي م ٣١٢ (مطابقة المادة ٣٢٥ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٣٧٦ : يشترط لإنفاذ وفاء الدين والبراءة منه أن يكون الدافع مالكا
 لما دفعه ، فإن استحق بالبيئة وأخذ صاحبه أو هلك وأخذ بدينه ، فللدائن الرجوع بدينه على غيره .
 م ٣٧٧ : إذا كان المدين صغيراً مجزاً ، أو كبيراً محتوفاً ، أو محجوراً عليه لسفه أو غفلة ،
 ودفع الدين الذي عليه ، صح دفعه ما لم يلحق الوفاء ضرراً بالموثق .
 م ٣٧٨ : لا يصح للمدين أن يوفى دين أحد غرمائه في مرض موته إذا أدى هذا إلى الإضرار
 ببقية الدائنين .

(وهذه التصوصات تتفق في أحكامها مع أحكام التقنين المصري . وصيغتها تمايز الفقه
 الإسلامي كما هو ظاهر . وقد جاء في المادة ٣٧٦ أن المدفوع إذا استحق بالبيئة كان الدائن الرجوع
 بدينه على المدين ، فحرراً من أن يكون المدفوع . قد استحق بإقرار الدائن فلا يخرج له في هذه
 الحالة لأن الإقرار حجة قاصرة على المقر . وجاء في المادة ٣٧٨ أن المدين إذا وفى ديناً وهو
 في مرض موته ، وكان ماله لا يسع الوفاء بجميع ديونه ، فأدى الوفاء بالدين إلى الإضرار ببقية
 الدائنين ، فإن الوفاء لا يصح . وليس ذلك إلا تطبيقاً لفقه الإسلام في تصرفات المريض مريض
 الموت . وهذا الحكم يصح تطبيقه في مصر على أساس أن الوفاء في هذه الحالة تصرف صدر من
 مدين بمصر ، ما دام الوفاء قد أدى إلى الإضرار ببقية الدائنين ، فلا يسرى في حقهم إذا كان
 قد تم نتيجة توافق بين المدين والدائن الذي استوفى حقه (م ٢٤٢/٢ مدق) . انظر الأستاذ
 حسن اللوزن في أحكام الالتزام في القانون المدني للعراق فقرة ٢٨٣ . وهو يلحظ إلى أن هناك
 تمارساً بين القول بصحة الوفاء الصادر من ناقص الأهلية إذا لم يلحق به ضرراً ، والقول بأن
 تصرفات ناقص الأهلية موقوفة على الإجازة . ونرى أن هذا التضارب - إن وجد - لا يجوز
 أن يمنع المشرع من توضيح الوفاء الصادر من ناقص الأهلية ما دام هذا التصرف لم يلحق به
 ضرراً ، فهو في هذه الحالة تصرف نافع إذ قضى الدين الذي في ذمته) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني : لا مقابل فيه : لم يكن نص التقنين المصري ليس إلا تطبيقاً
 لقواعد العامة ، فيصح تطبيق حكمه في لبنان دون حاجة إلى نص .

ويستخلص من هذا النص أنه يشترط لصحة الوفاء ، سواء كان الموفى هو المدين نفسه أو كان غير المدين ، أمران : (١) ملكية الموفى للشيء الذى وفى به (٢) وأهليته للتصرف فى هذا الشيء .

وغنى عن البيان أن هذين الشرطين يفترضان أن محل الالتزام شيء لم تنتقل ملكيته إلى الدائن بمجرد نشوء الالتزام أو عين معينة تراعى نقل الملكية فيها . أما إذا كان محل الالتزام نقوداً أو عملاً أو امتناعاً عن عمل ، فإن النص لا ينطبق (١) .

٣٦٦ - ملكية الموفى للشيء الذى وفى به : لا بد أن يكون الموفى

مالكاً للشيء الذى وفى به الدين ، لأن المقصود بالوفاء هو نقل ملكية هذا الشيء للدائن ، ولا يستطيع الموفى أن ينقل للدائن ملكية شيء لا يملكه ، فتختلف الغاية من الوفاء ، ويكون الوفاء قابلاً للإبطال على غرار بيع ملك الغير (٢) .

ويبقى الوفاء قابلاً للإبطال حتى لو انتقلت ملكية الشيء إلى الدائن بسبب عارض غير الوفاء ، كما لو كان الشيء منقولاً وكان الدائن حين تسلمه من المدين حسن النية فلن يملكه بسبب الحيازة ، أو كان عقاراً وملكه بالتقادم القصير مع حسن النية (٣) ، ففي مثل هذه الأحوال لا يكون الدائن مجبراً على التمسك بالحيازة أو بالتقادم إذا كان ضميمه يأبى عليه أن يتمسك بذلك ، وله أن يرد الشيء على صاحبه ، وأن يطالب المدين بالوفاء مرة ثانية إذ وقع الوفاء الأول باطلاً كما قلنا (٤) .

والذى يتمسك ببطلان الوفاء فى الأصل هو الدائن الذى تقرر البطلان

(١) أوبرى ورو ٤ فقرة ٣١٦ من ٢٢٢ — ديولوج ٢٧ فقرة ٨٦ — فيك ٨ فقرة ١٤ — لوران ١٧ فقرة ٤٩٣ .

(٢) وقد ورد فى بيع ملك الغير نص يقضى بأن يكون قابلاً للإبطال ، وكذلك الوفاء بملك الغير فإن نص المادة ٣٢٥ منق يضى بعدم صحته ، وكيف عدم الصحة هنا هو القابلة للإبطال . (٣) انظر المذكرة الإيضاحية لمشروع التهيئة فى مجموعة الأعمال التفسيرية ٣ ص ١٧٥ .

(٤) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤١٢ وقرة ١٤١٣ — پلانيول وريير وروان ٧ فقرة ١١٥٢ .

لمصلحته . ولما كان هذا الوفاء لا يسرى في حق المالك الحقيقي للشيء الموقوف به ، فان لهذا أن يسترده من الدائن بدعوى استحقاق لأن الوفاء لم ينتقل ملكية الشيء إلى الدائن كما قلنا ، فبقى الشيء على ملك صاحبه فله إذن أن يسترده ، وذلك ما لم يكن الدائن قد ملك الشيء بالحيازة أو بالتقادم كما سبق القول . وكما يستطيع المالك أن يسترد الشيء يستطيع على العكس من ذلك أن يجيز الوفاء فيزول بطلانه ، قياساً على صحة بيع ملك الغير بإجازة المالك الحقيقي ، فتنتقل ملكية الشيء إلى الدائن بهذه الإجازة ، وينقلب الوفاء صحيحاً وينقضى به الدين (١) .

وإذا أجاز الدائن الوفاء زال بطلانه أيضاً ، ولكن مادام المالك لم يجزه يبقى الوفاء غير سار في حقه ولا تنتقل ملكية الشيء إليه ، فيبقى الدين دون وفاء . بل إن المدين ، سواء أجاز الدائن الوفاء أو لم يجزه ، أن يطلب استرداد الشيء ليرده على صاحبه ، ولكن بشرط أن يوفي الدائن شيئاً معادلاً له تماماً قبل أن يسترده (٢) .

(١) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤١١ .

(٢) ويضطرب الفقه في تكييف هذه الدعوى التي يسترد بها المدين الشيء من الدائن . فهي ليست بدعوى استحقاق ، لأن المدين ليس مالئاً للشيء . وهي ليست بدعوى استرداد غير المستحق لأن الدائن عندما تسلّم الشيء من المدين كان دائئاً له فعلاً . وقد ذهب البعض إلى أن المدين يتسك ببطان الوفاء كما يتسك به الدائن نفسه (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤٠٩) ، ولكن الوفاء إنما هو قابل للإبطال لمصلحة الدائن لا لمصلحة المدين ، فالذي يتسك ببطلانه هو الدائن دون المدين . وفهم بعض آخر إلى أن هذه دعوى من طبيعة خاصة ، تقوم على أساس مصلحة المدين في وضع حد لوفاء غير صحيح قام به فأصبح مسئولاً عن رد الشيء إلى صاحبه ، وهو يتسجل استرداد الشيء متى يتمكن من رده (بلايول وريبر وروان ٧ فقرة ١١٥٢ ص ٥٥٣ — وقارن بلايول وريبر وبولانجه ٢ فقرة ١٥٤٥ ص ٥١٢) .

ويبدو أن استرداد المدين للشيء من الدائن إنما هو محض تصحيح لوفاء غير الصحيح الذي قام به من قبل . وقد رأينا أن المدين لا يستطيع أن يسترد الشيء من الدائن قبل أن يسلّمه بدلاً منه شيئاً معادلاً له تماماً ، متى لو أن الشيء الذي كان قد وقف به أولاً أمل من الصف المتوسط الذي كان يحق له أن يختاره لم يستطع أن يسترد هذا الشيء إلا بعد أن يسلّم الدائن شيئاً من نفس الصف الأعلى لا من الصف المتوسط ، وحتى لو كان الالتزام تخييرياً واختار المدين أحد الشئتين لم يستطع استرداده إلا بعد أن يسلّم الدائن شيئاً معادلاً له تماماً دون الشيء الآخر (انظر في هذا المعنى ديملوبس ٢٧ فقرة ١٠٢ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤١٨) . فإذا كان الدائن يتسلّم شيئاً معادلاً تماماً للشيء الذي أخذه ، فليست له أية مصلحة في منع المدين من تصحيح العمل المعطى به

وتفرض في هذا كله أن الشيء الموفى به لا يزال باقياً في يد الدائن . أما إذا كان الدائن قد استهلكه ، وهو وقت تسلمه له وقت استهلاكه إياه كان حسن النية ، أو اختلط بملكه اختلاطاً لا يمكن معه تمييزه وكان حسن النية على الوجه المتقدم (١) ، فإنه يصبح بحكم الواقع مستوفياً لدينه ، وليس له أن يطالب بالوفاء به مرة أخرى . أما المالك الحقيقي فلا يستطيع الرجوع عليه بدعوى الاستحقاق لأن الشيء لم يعد موجوداً ، ولا بدعوى تعويض لأنه حسن النية ولم يصلر منه أى خطأ . وإنما يرجع المالك على المدين ، إما بدعوى تعويض إذا كان المدين سيئ النية ، أو بدعوى الإثراء بلا سبب إذا كان حسن النية .

لكن إذا هلك الشيء في يد الدائن بسبب أجنبي ، فإن هلاكه في هذه الحالة لا يمنع الدائن من طلب إبطال الوفاء . فيطالب المدين بالوفاء مرة أخرى ، ولا يكون مستولاً من رد الشيء الذى تسلمه لأنه هلك بسبب أجنبي (٢) . ولا يرجع المالك على المدين في هذه الحالة إلا إذا كان المدين سيئ النية .

وفى عن البيان أن الدائن لو علم منذ البداية ، وقبل أن يتسلم الشيء الموفى به ، أن هذا الشيء ليس بملك الموفى ، فإن له أن يمتنع عن أخذه ، ولا يستطيع الموفى أن يجبره على تسلمه (٣) .

— الذى قام به ، فوجب أن يرد له الشيء بعد أن يأخذ ما يبادل به ، وهذا حكم المعاوضة وجه ظاهر .

ويقرب على أن المدين الحق في استرداد الشيء من الدائن بعد أن يسطيع شيئاً يبادل به ما يأتى :
١ — إذا كان الشيء منقولاً مثلاً وملكه الدائن حسن النية بسبب الخيانة ، لم يسطع المالك استرداده منه . ولكن المدين يستطيع الاسترداد كما قلنا ، متى استرد جاز المالك في هذه الحالة أن يسترد الشيء من المدين بعد أن كان لا يستطيع استرداده من الدائن . ٢ — في المثل المتقدم إذا تأخر المدين من استرداد الشيء من الدائن ، جاز للمالك — باعتباره دائناً بالتعويض للمدين — أن يستعمل دعوى المدين في استرداد الشيء من الدائن ، بعد أن عجز عن استرداده بدعوى مباشرة (انظر في هذا المعنى بودرى وبارد ٢ بقرة ١٤١٧ ص ٥١٧ — ص ٥١٨) .

(١) بودرى وبارد ٢ بقرة ١٤٢١ .

(٢) ماركاديه ٤ بقرة ٦٨٤ — ديهولوب ٢٧ بقرة ٩٦ — لوران ١٧ بقرة ٤٩٧ — هيك ٨ بقرة ١٥ — بودرى وبارد ٢ بقرة ١٤١٦ — مكس ذلك ديرانتون ١٢ بقرة ٣٢ .

(٣) بودرى وبارد ٢ بقرة ١٤٠٨ .

٣٦٧ - أهلية الموفى للتصرف في الشيء الموفى به : ويجب لصحة

الوفاء كذلك أن يكون الموفى أهلاً للتصرف في الشيء الموفى به . فلا يكفي إذن أن يكون مالكا للشيء ، بل يجب أن يكون مالكا وأهلاً للتصرف . وأهلية التصرف تقتضى بلوغ سن الرشد وألا يكون الموفى محجوراً عليه .

فاذا كان الموفى مالكا للشيء الموفى به ولكنه غير أهل للتصرف فيه ، بأن كان مثلاً قاصراً أو محجوراً عليه ، فإن الوفاء يكون هنا أيضاً قابلاً للإبطال ، ولكن لسبب قص أهلية لا لسبب انعدام الملكية . وتختلف القابلية للإبطال هنا عن القابلية للإبطال هناك فيما يأتي :

(١) القابلية للإبطال هنا مقررة لمصلحة ناقص الأهلية ، فلا يتمسك بها إلا الموفى ، ولا يجوز أن يتمسك بها الدائن مادام كامل الأهلية . وقد استوفى حقه استيفاء صحيحاً . وقد رأينا في حالة انعدام الملكية أن الدائن هو الذى يتمسك في الأصل بإبطال الوفاء إذ هو مقرر لمصلحته ، أما الموفى فيسترد الشيء بدعوى خاصة لا بدعوى الإبطال . لا اعتبارات تتعلق بالعدالة .

(٢) وإذا هلك الشيء بسبب أجنبي في يد الدائن ، كان الهلاك عليه ، إذ ليس له حق التمسك بإبطال الوفاء كما قلنا ، وليس من المعقول في هذه الحالة أن المدين يتمسك بإبطال الوفاء وإلا لما استرد الشيء بعد أن هلك بسبب أجنبي ولوجب عليه الوفاء بالدين مرة أخرى . وقد رأينا في حالة انعدام الملكية أن الشيء إذا هلك بسبب أجنبي لم يهلك على الدائن ، بل له أن يتمسك بإبطال الوفاء وأن يطالب المدين بالوفاء مرة أخرى .

(٣) ويمكن القول بوجه عام إن المدين إذا لم يتحقق له مصلحة في إبطال الوفاء ، بأن كان الوفاء لم يلحق به أى ضرر ، فإن له أن يبقى الوفاء قائماً فينتضى به الدين : لا يطلب إبطاله إذ لا مصلحة له في ذلك ، ولا يستطيع الدائن الدائن إبطاله إذ لاحق له في التمسك بالإبطال . وهذا ما نصت عليه صراحة الفقرة الثانية من المادة ٣٢٥ مدنى إذ تقول : « ومع ذلك فالوفاء بالشيء المستحق ممن ليس أهلاً للتصرف فيه ينتضى به الالتزام إذا لم يلحق الوفاء ضرراً بالموفى » .

على أنه قد يحدث أن تكون للمدين مصلحة في التمسك بإبطال الوفاء ، فعند ذلك يكون من حقه أن يطله ، وأن يسترد الشيء الموفى به على أن يبقى الدين بعد ذلك وفاء صحيحاً . ويتحقق ذلك بنوع خاص إذا كان المدين قد أدى للدائن شيئاً أعلى من الصنف الواجب أدائه ، فيسترده ثم يبقى بالصنف الأقل ، أو كان في التزام تخييرى اختار أعلى الشئين قيمة فوق به فيسترده ثم يبقى بالشيء الأقل قيمة (١) .

يبقى فرض ما إذا كان الدائن الذى تسلم الشيء من الموفى ناقص الأهلية قد استهلكه أو تصرف فيه ولو بحسن نية ، أيجوز في هذا الفرض أن يتمسك الموفى ناقص الأهلية بإبطال الوفاء لتحقيق مصلحة له في هذا الإبطال على النحو الذى قدمناه ، أم أن حقه في الإبطال يكون قد زال باستهلاك الدائن للشيء أو بالتصرف فيه بحسن نية ، كما هو الحكم في حال انعدام الملكية ؟ إن الفقرة الثانية من المادة ١٢٣٨ من التتئين المدنى الفرنسى صريحة في زوال حق الموفى ناقص الأهلية في التمسك بإبطال الوفاء في هذه الحالة (٢) . أما في التتئين المدنى المصرى ، فإن الفقرة الثانية من المادة ٣٧٥ تقتصر ، كما رأينا ، على القول بأن الوفاء بالشيء المستحق ممن ليس أهلاً للتصرف فيه ينقضى به الالتزام إذا لم يلحق الوفاء ضرراً بالموفى ، فاشتراط انقضاء الموفى ناقص الأهلية من التمسك

(١) انظر المذكرة الإيضاحية لمشروع التتئين في مجموعة الأعمال التحضيرية ص ١٧٥- ويلاحظ أنه قد ورد في المذكرة الإيضاحية في هذا الصدد مثل ما إذا جيل المدين الوفاء وأراد أن يسترد ليضع بنفسه الأجل ، وهذا مثل لا يحتاج فيه إل أن يكون للموفى ناقص الأهلية ، حتى ولو كان كامل الأهلية ووفى الذين قبل الأجل فإنه يستطيع الاسترداد (م ١/١٨٣ مدنى) . (٢) وهذا ما تنص عليه المادة ١٢٣٨ من التتئين المدنى الفرنسى : « ١ - حتى يكون الوفاء صحيحاً ، يجب أن يكون الموفى بالكلية الموفى به وأهلاً للتصرف فيه . ٢ - ومع ذلك فالوفاء بمبلغ من النقود أو شيء يستهلك بالاستعمال لا يسترد من الدائن إذا كان قد استهلكه بحسن نية ولو كان الوفاء بالشيء قد وقع من غير مالكه أو من شخص غير أهل للتصرف فيه » . وننقل الأصل الفرنسى فيما يأتى :

Art. 1238 : Pour payer valablement, il faut être propriétaire de la chose donnée en paiement, et capable de l'aliéner. 2. Néanmoins le paiement d'une somme d'argent ou autre chose qui se consomme par l'usage, ne peut être répété contre le créancier qui l'a consommée de bonne foi; quoique le paiement en ait été fait par celui qui n'en était pas propriétaire ou qui n'était pas capable de l'aliéner.

بالإبطال ألا يلحقه من الوفاء ضرر . وفي الفرض الذى نحن بصلده لا يتحقق هذا الشرط إذا كان الشيء الموفى به أعلى قيمة من الدين على الوجه الذى أشرنا إليه ، إذ يصيب الموفى ضرر من الوفاء . فله إذن أن يتمسك بالإبطال ، خلافاً للحكم الوارد فى التقنين المحدثى الفرنسى ، وهو حكم منتقد من الفقه الفرنسى (١) . ومن ثم فى التقنين المحدثى المصرى يجوز للموفى ناقص الأهلية أن يتمسك بإبطال الوفاء ، حتى لو كان الدائن قد استهلك الشيء الموفى به أو تصرف فيه بحسنة ؛ وله أن يطالبه بالتعويض ، ثم يبق له بعد ذلك بالدين ، فيفيد من الفرق ما بين القيمتين .

٣٦٨ — الموفى قد يكون المدين وقد يكون غير المدين : وقد قدمنا أن الأصل فى الموفى أن يكون هو المدين نفسه ، ولكن يصح أن يكون غير المدين . فإذا كان الموفى غير المدين ، كان له الرجوع على المدين بما وفاه . فتكلم إذن فى المسألتين الآتيتين : (أولاً) من يقوم بالوفاء (ثانياً) رجوع الموفى الذى ليس بمدين على المدين .

المبحث الأول

من يقوم بالوفاء

٣٦٩ — النصوص القانونية : تنص المادة ٣٢٣ من التقنين المحدث على ما يأتى :

« ١ — يصح الوفاء من المدين أو من نائبه أو من أى شخص آخر له مصلحة فى هذا الوفاء ، وذلك مع مراعاة ما جاء بالمادة ٢٠٨ » .

« ٢ — ويصح الوفاء أيضاً مع التحفظ السابق ممن ليست له مصلحة

(١) انظر دمولوب ٢٧ فقرة ١٣١ — لوران ١٧ فقرة ٥٠٩ — بودى وبارد ٢ فقرة ١٤٣١ .

في هذا الوفاء ، ولو كان ذلك دون علم المدين أو رغم إرادته ، على أنه يجوز للدائن أن يرفض الوفاء من الغير إذا اعترض المدين على ذلك وأبلغ الدائن هذا الاعتراض (١) .

ويقابل هذا النص في التفتين المدني السابق المادتين ١٥٩ / ٢٢٢ و ١٦٠ / ٢٢٣ (٢) .

ويقابل في التفتينات المدنية العربية الأخرى : في التفتين المدني السوري المادة ٣٢٢ - وفي التفتين المدني الليبي المادة ٣٠١ - وفي التفتين المدني العراقي المادة ٣٧٥ - وفي تفتين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٢٩٢ (٣) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٤٥٨ من المشروع التمهيدي حل وجه مطابق لما استقر عليه في التفتين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٣٥ من المشروع النهائي . وفي لجنة الشؤون التشريعية مجلس النواب خلقت عبارة « من الغير » الواردة في آخر الفقرة الثانية بسبب « أن الدائن لا يستطيع أن يرفض الوفاء من الغير إذا كانت له مصلحة في القيام بهذا الوفاء » ، ووافق مجلس النواب على النص كما عدلته لجنة . وفي لجنة مجلس الشيوخ أضيفت عبارة « من الغير » ، لأن المقصود « بالغير » هنا شخص لا مصلحة له في الوفاء كما هو مفهوم من سياق الفقرة الثانية ، ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته لجنة تحت رقم ٣٢٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٦٩ - ص ١٧٧) .

(٢) التفتين المدني السابق م ٢٢٢ / ١٥٩ : لا يجوز الوفاء إلا من المتعهد ما دام يظهر من كيفية التعهد أن مصلحة المتعهد له تسلمه ذلك .

م ٢٢٢ / ١٦٠ : إذا كان المتعهد به عبارة عن مبلغ من النقود ، فيجوز وفاءه من شخص أجنبي ولو لم يكن غير رغبة الدائن أو المدين . (والمحكم واحد في التفتين السابق والجديد ، ولو أن عبارات التفتين السابق لا تخلو من الاضطراب وليست في وضوح التفتين الجديد) :

(٣) التفتينات المدنية العربية الأخرى : التفتين المدني السوري م ٢٢٢ (مطابقة لمادة ٢٢٣ من التفتين المدني المصري) .

التفتين المدني الليبي م ٣١٠ (مطابقة لمادة ٢٢٣ من التفتين المدني المصري) .

التفتين المدني العراقي م ٣٧٥ : ١ - يصح وفاء الدين من المدين أو نائبه ، ويصح وفاءه من أي شخص آخر له مصلحة في الوفاء كالكفيل والمدين المتضامن ، مع مراعاة ما جاء بالمادة ٢٩٠ .

٢ - ويصح أيضاً وفاء الدين من أجنبي لا مصلحة له في الوفاء بأمر المدين أو بغير أمره ، على أنه يجوز للدائن أن يرفض الوفاء من الغير إذا اعترض المدين على ذلك وأبلغ الدائن هذا الاعتراض . (ويقتضي حكم التفتين العراقي مع حكم التفتين المصري) .

تفتين الموجبات والعقود اللبناني م ٢٩٢ : يجب على المدين أن يتخذ بنفسه الموجب شيئاً -

ويتضح من النص المتقدم أن الذى يقوم بالوفاء إما أن يكون : (١) للمدين أو نائبه . (٢) أو شخصاً له مصلحة فى وقاء الدين . (٣) أو أجنبياً لامصلحة له فى الوفاء .

٣٧٠ — **الموفى هو المدين أو نائبه : الأصل فى الموفى هو أن يكون المدين ذاته كما تقدم القول ، لأنه هو الذى يجبر على الوفاء ، وله المصلحة الأولى فيه .** وما لم يوجد شخص آخر يقبى بالدين ، فعليه الوفاء يقع على المدين . فالمدين إذن له حق الوفاء بالدين ، وعليه فى الوقت ذاته واجب هذا الوفاء . بل إنه فى بعض الحالات يتعين على المدين بالذات أن يقوم هو نفسه بالوفاء ، ولا يجوز لأحد غيره ذلك ، فقد نصت المادة ٢٠٨ مدنى على أنه : « فى الالتزام بعمل ، إذا نص الاتفاق أو استوجبت طبيعة الدين أن يتحمل المدين الالتزام بنفسه ، جاز للدائن أن يرفض الوفاء من غير المدين » (١) .

وفى غير هذه الحالات يجوز أن يقوم بالوفاء نائب المدين ، والوفاء كما رأينا تصرف قانونى يجوز أن يتم بطريق النيابة ككل تصرف قانونى آخر . ونائب المدين هو وكيله فى وقاء الدين ، وكالة عامة إذا كان الوفاء من أعمال الإدارة (٢) ، ووكالة خاصة إذا كان من أعمال التصرف . وإذا كان المدين ناقص الأهلية أو محجوراً ، فإنه لا يحق له كمساعدة عامة أن يقوم هو نفسه بالوفاء إذ تنقصه أهلية الأداء ، والذى يقوم بالوفاء فى هذه الحالة هو ولى المدين أو وصيه أو القيم عليه . وإذا كان المدين مفقوداً ، كان لوكيله المعين قانوناً أن يقوم عنه بالوفاء . كذلك يجوز للمحارس على أموال المدين ، أو للسنديك فى حالة

« يستغاد من نص العقد أو من ماهية الدين أن من الواجب عليه أن يقوم هو نفسه بالتفصيل . أما فى غير هذه الأحوال فيصح أن يقوم بالتفصيل أى شخص كان من غير علم من المدينين وهدون أن يحق للدائن الاعتراض على هذا التصرف .

(ويتفق حكم التفتين البيئى مع حكم التفتين المصرى) .

(١) انظر المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التصديرية ٣ ص ١٦٩ .
(٢) وقد نصت محكمة الاستئناف الأهلية بأنه إذا دفع الخادم دين مخدومه فيترتب أنه دفعه من مال المخدوم الذى تحت يده أو فى تصرفه حتى ينتج خلاف ذلك (٢٥ مارس سنة ١٨٩٠ المعلق ١٥ ص ١٠٦) .

إفلامن المدين : أن يقوم بالوفاء ، فكلها في ذلك يعتبر نائباً عن المدين .
وقد يوكل المدين مصلحة البريد في وفاة الدين ، فيتم الوفاء عن طريق حوالة البريد . ويكون للمدين مستولاً عن كل خطأ يقع من مصلحة البريد ، مسئولية الموكل عن وكيله (١) . كذلك قد يوكل المدين مصرفاً في وفاة الدين ، عن طريق الدفع لحساب الجارى للدائن في هذا المصرف . فاذا أخطأ المصرف وأضاف ما دفعه المدين إلى حساب شخص آخر ، كان المدين مستولاً عن خطأ المصرف (٢) .

٣٧١ - الموفى هو شخص له مصلحة في الوفاء : وإذا لم يكن الوفاء متعيناً على المدين بالذات ، جاز أن يقوم بالوفاء لا المدين ولا نائبه ، بل شخص آخر له مصلحة في هذا الوفاء ، ويقوم حقه في الوفاء على هذه المصلحة .
ومن له مصلحة في وفاة الدين المدين المتضامن ، والمدين مع غيره في دين غير قابل للانقسام ، والكفيل الشخصي سواء كان متضامناً مع المدين أو مع الكفلاء الآخرين أو غير متضامن مع أحد ، والكفيل العيني ، والحائز للعقار المرهون . كل هؤلاء لهم مصلحة في وفاة الدين ، لأنهم إما ملزمون بالدين مع المدين أو ملزمون بوفائه عنه . ومن ثم يكون لهم حق الوفاء ، ويقع عليهم في الوقت ذاته واجب الوفاء ، مثلهم في ذلك مثل المدين نفسه . ومنرى أنهم ، عندما يقومون بوفاء الدين ، يحلون حلولاً قانونياً محل الدائن في الرجوع على المدين (٣) .

ولما كان هؤلاء الذين لهم مصلحة في الوفاء يقع عليهم واجب الوفاء كما قدمنا ، فإنه لا يجوز للدائن أن يتمتع عن قبول الوفاء بناء على اعتراض من المدين

(١) بلاتويك وريير ودوران ٧ فقرة ١١٥٠ .

(٢) بلاتويك وريير ودوران ٧ فقرة ١١٥٠ من ٥٥٢ هاشم رقم ١ .

(٣) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التي هي في مجموعة الأعمال التمهيدية ٣ من ١٧٠ - وقد قضت محكمة الاستئناف الأهلية بأنه إذا دفع الخصم المحكوم لصالحه مصروفات الدعوى حتى يحصل على صورة الحكم الصادر لصالحه ، حل قانوناً محل قلم الكتاب ، وأصبح له ما قلم الكتاب من الحقوق ضد المدعى عليه بشأن المصروفات (٦ مايو سنة ١٩١٣ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ١٠٥ من ٢٠٢) .

يلغيه إياه ، بل وحتى بناء على اتفاق بينه وبين المدين . ذلك أن اتفاق المدين والدائن على قبول الوفاء إنما يصح وينتج أثره ، كما سئرى ، إذا كان الموفى شخصاً أجنبياً ليست له مصلحة في الوفاء ، فإن الأجنبي لا يقع عليه واجب الوفاء كالشخص ذي المصلحة فيه ، ومن ثم جاز منعه من الوفاء باتفاق بين الدائن والمدين .

٣٧٢ - الوفاء هو أجنبي لمصلحة له في الوفاء : وقد يكون الموفى

أجنبياً أصلاً عن المدين ، ليس هو المدين ولا نائبه ، وليست له مصلحة قانونية في وفاء الدين ، ومع ذلك يتقدم لوفائه . فقد يكون من أقرباء المدين ، أو صديقاً له ، تقدم عنه لوفاء الدين خوفاً عليه من إجراءات التنفيذ وما تهدده به من خصائر . وقد يكون شريكاً للمدين في التجارة ، ويخشى ما يحدث التنفيذ الجبرى على المدين من أثر في تجارتها المشتركة . وهو على كل حال يغلب أن يكون ، من الناحية القانونية ، فضولياً يقوم بمصلحة عاجلة للمدين دون أمر منه ، إذ لو وفى الدين بأمر المدين كان وكيلاً عنه في الوفاء . ويبقى فضولياً حتى لو تقدم لوفاء الدين بغير علم للمدين ، بل إن هذا هو الأصل في القضولى (١) . ويصح للأجنبي أن يقوم بالوفاء حتى لو كان ذلك رغم إرادة المدين ، بأن نهاء المدين عن الوفاء فلم ينته ، وقبل الدائن منه الوفاء . فإن الوفاء في هذه الحالة يكون مبرراً للتمتع للمدين ، ولكن الموفى لا يرجع عليه بدعوى القضولى بل بدعوى الإثراء بلا سبب .

ذلك أن الأصل أن يكون لكل شخص حق الوفاء بدين غيره ، ولو كان أجنبياً عن المدين . وليس للدائن أن يمتنع عن قبول الوفاء ، إذ ليست له مصلحة في ذلك ما دام يستوفى حقه استيفاءً صحيحاً . وسيان أن يستوفيه من مدينه نفسه أو من غير مدينه ، فالم تكن طبيعة الدين أو اتفاق الطرفين يقضى بأن المدين

(١) ولا يكون للأجنبي الذى وفى الدين ، في هذه الحالة ، أن يحمل على الدائن حلاً قانونياً في الرجوع على المدين . وإنما يجرى له الحلول بالاتفاق كما سئرى ، إما باتفاق مع الدائن وإما باتفاق مع المدين (انظر دى باج ٣ فقرة ٤٠٦ من ٢٨١) .

نفسه هو الذى يقوم بالوفاء ، كما قضت بتلك المادة ٢٠٨ فيما مر . وفى غير هذا الاستثناء الوارد فى المادة ٢٠٨ يتعين على الدائن أن يقبل الوفاء ، ولا يجوز له أن يمتنع عن قبوله إلا بشروط ثلاثة : (١) أن يكون الموفى أجنبياً عن الدين ليست له مصلحة قانونية فى وفائه . (٢) وأن يكون المدين معترضاً على وفاء الأجنبى بالدين وقد أبلغ الدائن هذا الاعتراض . (٣) وأن يكون الدائن نفسه لا يريد أن يستوفى الدين من الأجنبى . فإذا اختلف شرط من هذه الشروط الثلاثة ، تعين على الدائن قبول الوفاء . فلو كان الموفى مصلحة قانونية فى الوفاء ، وجاء الاعتراض من جانب المدين وحده ، ولكن الدائن قبل الوفاء من الأجنبى ، فإن هذا الوفاء يبرئ ذمة المدين كما سبق القول . وكذلك لو كان الموفى ليست له مصلحة فى الوفاء ، وجاء الاعتراض من جانب الدائن وحده ، دون أن يعترض المدين ، فإن الدائن يجبر على قبول الوفاء ويكون هذا الوفاء مبرئاً للذمة المدين (١) .

المبحث الثانى

رجوع الموفى على الدين

٣٧٣ - وهو ياله - الرجوع التخصيصى وهو المألوف : إذا كان الموفى هو المدين أو نائبه ، فقد برئت ذمة المدين من الدين ، ولا رجوع له على أحد لأنه إنما وفى دينه نفسه ، ولا رجوع لأحد عليه لأنه قام بوفاء دينه بنفسه .

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التفسيرية ٣ من ١٧٠ . هذا ويجب على الأجنبى أن يعرض وفاء الدين دون أن يقيد عرضه بأى شرط . وقد قضت محكمة مصر الوطنية بأن العرض الحاصل من غير المشترى على البائع بوفاء آمن غير مقبول قانوناً ، إذا قيد الأجنبى عرضه بشروط تقضى على البائع أن يقبل التصاقل مع آخرين . ولا حجة بتمسك المشترى ومن معه بأنه يجوز لشخص أجنبى أن يرفع من المدين زلواً على غير رغبة الدائن ، لأن هذا لا يصح إلا إذا كان العرض حاصلًا بدون قيد ولا شرط (١٠ مارس سنة ١٩٠٤ الاستقلال ٢ ص ٥٤) . كذلك لا يجوز للأجنبى أن يجعل الوفاء من طريق المقاصة بين الدين وحق له فى ذمة الدائن ، فإن المقاصة لا تكون إلا فى دينين متقابلين (استئناف غنطل ١١ فبراير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١٣٦ - وقانون ١٢ مايو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٨٢) . (م ٤٢ - الوسيط)

وأما إذا وفى الدين غير المدين ، سواء كان الموفى مصلحة فى الوفاء أو لم تكن له مصلحة ، فإنه ، ما لم يكن متبرعاً بوفاء الدين وهذا لا بد فيه من ظهور نية واضحة لأن التبرع لا يفترض ، يجوز له أن يرجع على المدين بما وفاه عنه عن طريق دعوى شخصية (action personnelle) يعطيها القانون إياه ، وتتكيف هذه الدعوى بحسب الظروف . وقد يكون له فوق ذلك ، أى غير الدعوى الشخصية ، دعوى الدائن نفسه الذى وفاه حقه فيحل محله فيه ، ومع ثم سميت هذه الدعوى الأخرى بدعوى الحلول (action en subrogation) .

فهناك إذن دعويان الموفى (١) يرجع بهما على المدين : (١) الدعوى الشخصية (٢) ودعوى الحلول .

٣٧٤- **الدعوى الشخصية - النصوص القانونية :** تنص المادة ٣٧٤ من التقنين الملقى على ما يأتى :

« ١ - إذا قام الغير بوفاء الدين ، كان له حق الرجوع على المدين بقدر ما دفعه » .

« ٢ - ومع ذلك يجوز للمدين الذى حصل الوفاء بغير إرادته أن يمنع رجوع الموفى بما وفاه عنه كلاً أو بعضاً ، إذا أثبت أن له أية مصلحة فى الاعتراض على الوفاء (٢) » .

ويقابل هذا النص فى التقنين الملقى السابق المادتين ٢٢٤/١٦١ و ٢٢٦/١٦٣ (٣) .

(١) وفى من البيان أنه لا بد أن يسبق ذلك وفاء للمدين بوفاء مبرراً للتمتع (استئناف مخطوط ١٤ يولييه سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٣٦٢) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٥٩ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين الملقى الجديد ، ما هنا أن المشروع التمهيدى لم يكن يتضمن عبارة « بقدر ما دفعه » الواردة فى آخر الفقرة الأولى . وفى لجنة المراجعة أضيفت هذه العبارة ، وأصبحت المادة رقمها ٣٣٦ فى المشروع لالتئام . ووافق عليها مجلس النواب ، لمجلس الشيوخ تحت رقم ٣٢٤ (مجموعة الأعمال التصغيرية ٣ ص ١٧٢ - ص ١٧٣) .

(٣) التقنين الملقى السابق : م ٢٢٤/١٦١ : من دفع دين شخص فله حق الرجوع عليه بقدر ما دفعه ومطالبته ببناء على ما حصل له من منفعة بسداد الدين .

ويقابل في التقنيات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٣٢٣ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٣١١ - ولا مقابل له في التقنين المدني العراقي ولا في تقنين الموجبات والعقود البتاني (١) .

ويخلص من هذا النص أن الموفى للدين غيره ، سواء كانت له مصلحة في الوفاء أو لم تكن له مصلحة ، يستطيع ، ما لم يكن متبرعاً كما قلنا ، أن يرجع بدعوى شخصية على المدين يسترد بها مقدار مادفعه وفاء للدين (٢) .

وقد تكون هذه الدعوى الشخصية قائمة على أساس عقد قرض ، بأن يقرض الغير للمدين مبلغاً من المال يكفى لوفاء دينه ، ويقوم المدين نفسه بوفاء الدين من هذا القرض ، فيرجع الغير على المدين بموجب عقد القرض . ولكن الموفى للدين في هذه الحالة إنما يكون للمدين نفسه ، أو المقرض كطالب عن المدين ويوكالة منه (٣) .

على أن الغالب هو أن يوفى الغير الدين بنفسه للدائن ، ففي هذه الحالة يرجع على المدين بدعوى شخصية ، قوامها إما القضاة وإما الإبراء بلا سبب .

- م ٢٢٦/١٦٣ : إذا دفع إنسان دين آخر بغير إرادته ثم رجع عليه ، فالمدين المذكور الحق في عدم قبول ما دفعه عنه كله أو بعضه إذا أثبت أن مصلحته كانت تقتضي امتناعه من الدفع لدائن الأصل .

(والحكم واحد في التقنينين السابق والجديد كما نرى) .

(١) التقنيات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري : م ٣٢٣ (مطابقة لمادة ٣٢٤ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني الليبي : م ٣١١ (مطابقة لمادة ٣٢٤ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي : لا مقابل فيه للنص — هذا والرجوع بالدعوى لشخصية حل الدائن في التقنين العراقي لا يكون إلا بدعوى الإبراء بلا سبب ، ما لم يكن الموفى مأموراً من المدين بوفاء الدين فيرجع عليه بدعوى الوكالة ويكون نائباً عنه في الوفاء بالدين . أما الرجوع بدعوى القضاة فلا يجوز ، لأن التقنين العراقي لم يحل القضاة مصلداً للالتزام متأثراً في ذلك بالفقهاء الإسلاميين .

تقنين الموجبات والعقود البتاني : لا مقابل فيه للنص — ولكن نص التقنين المصري ليس إلا تطبيقاً لقواعد العامة ، فيمكن الأخذ به في لبنان دون نص .

(٢) استئناف وطني ٢٣ فبراير سنة ١٩٢٥ المحاماة ٥ رقم ٤٢٩ ص ٥١٥ .

(٣) بلايول وريير وردوان ٧ قرة ١٢١٩ .

ويكون قوامها الفضالة إذا كان الغير قد وفى الدين يعلم المدين لكن دون تفويض أو وكالة ، أو بغير علمه ولكن دون معارضته ، ويرجع الغير بمقدار مادفعه وفاء للدين مع القوائد من يوم الدفع وفقاً لقواعد الفضالة .

وتكون الدعوى الشخصية قوامها الإثراء بلا سبب إذا كان الغير قد وفى الدين رغم معارضة المدين ، ففي هذه الحالة لا تتوفر شروط الفضالة ولا يبقى أمام الغير إلا الرجوع بدعوى الإثراء بلا سبب . ويرجع بأقل القيمتين مقدار ما دفع ومقدار ما وفى من الدين ، ويغلب أن تكون القيمتان متعادلتين ، إلا أنه قد يوفى الدين بمبلغ أقل من مقداره فلا يرجع على المدين بمقدار الدين بل بمقدار ما وفى .

وسواء رجع الموفى على المدين بدعوى الفضالة أو بدعوى الإثراء بلا سبب ، فإنه لا يستطيع الرجوع بشئ إلا إذا كان الوفاء نافعاً للمدين . فإذا كان قد وفى ديناً انقضى كله أو بعضه ، أو كان للمدين دفع ضد الدين ، وكان الوفاء بغير أمر المدين ، كان الموفى مستحلاً عن ذلك . فلو أن المدين كان قد وفى الدين قبل أن يوفيه الغير (١) ، أو وفى قسماً منه ثم وفاه الغير كله دون اعتبار للقسط الذى دفع ، فإن الغير فى الحالة الأولى لا يرجع بشئ على المدين لأن هذا كان قد وفى الدين كله فلم يقد شيئاً من الوفاء الذى قام به الغير ، ويرجع فى الحالة الثانية بالباقي من الدين بعد استئزال القسط الذى وفاه المدين لأن هذا هو القدر الذى أفاد منه المدين . ولو أنه كان للمدين دفع ضد الدين وقت وفاء الغير له ، بأن كان له مثلاً فى ذمة الدائن دين مماثل له وكان يستطيع أن يتمسك بالمقاصة فينقضى الدين دون حاجة إلى الوفاء ، أو لو كان الدين قد انقضى بسبب آخر غير المقاصة كالتجديد أو الإبراء أو التقادم (٢) ومع ذلك وفاه الغير ، فإن الغير

(١) وكذلك إذا كان الغير قد وفى الدين قبل وفاء المدين له ، ولكن لم يشتر المدين بهذا الوفاء قوى المدين الدين مرة أخرى ، فلا رجوع للموفى على المدين لأن المدين لم يند شيئا من هذا الوفاء ، وإنما يرجع للموفى على الدائن ليسترد منه ما أخذ دون حق (هودى وهارد ٢ فقرة ١٤٠٠) .

(٢) بل إن الدين إذا كان لم يسقط بعد بالتقادم ، ولكن بقيت مدة قليلة تمام التقادم بحيث لو لم يوفى الغير للدين لا تنقضى هذه المدة ولسقط الدين بالتقادم ، فإن المدين يستطيع =

لا يرجع بثبوت على المدين لأن الوفاء الذي قام به لم يفد المدين منه شيئاً . ولو أن المدين كان يستطيع أن يضمن في الدين بالإبطال لنقص الأهلية أو لعب في الإرادة من غلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال ، أو كان يستطيع أن يضمن فيه بالبطلان لانعدام الإرادة أو لعب في المحل أو في السبب أو في الشكل ، أو كان يستطيع أن يتمسك بالفسخ لتحقيق شرط فاسخ أو أن يتمسك بعدم النفاذ لعدم تحقق شرط واقف أو لعدم حلول الأجل ، أو كان يستطيع أن يتمسك بأى دفع آخر ، فإن هذا كله يكون محل اعتبار عند رجوع الموفى على الدين ، فلا يرجع الأول على الثاني إلا بقدر ما أفاد الثاني من الوفاء (١) .

٣٧٥ - دعوى الحلول : وقد يكون للموفى ، إلى جانب الدعوى

الشخصية ، كما قدمنا ، دعوى الحلول . فيحل محل الدائن في نفس الدين الذى وفاء ، ويرجع على المدين بهذا الدين نفسه ، لا بدين جديد كما يفعل في الدعوى للشخصية (٢) .

— أن يتمسك بهذا المبلغ إذا رجع الموفى عليه ، لأنه لولا وفاء الغير لكان لسقط بالتقادم ، فكان المدين لم يفد شيئاً من الوفاء (انظر في هذا المعنى يوردى ونارد ٢ فقرة ١٣٩٩ من ٥٠٥) .
(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التفسيرية ٣ من ١٧٢ - ولكن يجب أن يكون الاعتراض الذى يقيمه المدين اعتراضاً جدياً . فإذا كان المبلغ المدفوع صادراً به أحكام نهائية ومأخوذاً به اختصاص على مقدار المحكوم عليه ، لم يلتفت إلى قول المدين من أنه يتنازع المدفوع إليه في مقدار الدين أمام محكمة أخرى (استئناف أهل ٢٢ نوفمبر سنة ١٨٩٤ المحقوق ٩ من ٣٤٤) . والمدين أن يرفع مطالبة الغير بما كان يرفع به مطالبة الدائن (استئناف مخطط ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٠٢ م ١٥ من ٧٥) . وإذا دفع الغير ديناً على تركه ، رجع على الورثة في حدود أموال التركة (استئناف مخطط ١٣ يناير سنة ١٩٠٣ م ١٦ من ٨٩) .

(٢) وترجع دعوى الحلول في أصلها إلى لقانون الرومان . فقد كان هذا القانون يقضى بأن يؤول الدائن من دعواه لمن يوفيه حقه في حالات كثيرة ، فإذا رفض التزول من دعواه كان لمن وفى له حقه أن يواجهه برفع في خصوص ذلك (codendatum actionum) ، بل كان يفترض في بعض الحالات أن التزول عن الدعوى قد تم فعلاً . وكان للقانون الرومان ، من جهة أخرى ، يحمل لمن يوفى ديناً مضموناً يبرهن الحق في أن يظل الدائن في هذا الرهن (successio in locum creditoris) ، أو في مرتبة (جيران طبعة ثالثة من ٧٥٤ - من ٧٥٧ - من ٧٧٦ هوامش ٢ و ٥ و ٦ و ٧) .

وحلول الموفى محل الدائن إما أن يكون بحكم القانون ويقال له الحلول القانونى ، وإما أن يكون بموجب الاتفاق ويقال له الحلول الاتفاقى . ولدعوى الحلول ، قانونياً كان الحلول أو اتفاقياً ، أحكام خاصة تميزها عن الدعوى الشخصية . فنحن إذن مسألتان : (١) مصدر الحلول (٢) أحكام الرجوع بدعوى الحلول .

المطلب الأول

مصدر الحلول

١٥ - الحلول القانونى

(Subrogation légale)

٣٧٦ - النص على القانونى : تنص المادة ٣٧٦ من القانون المدنى

على ما يأتى :

« إذا قام بالوفاء شخص غير المدين ، حل الموفى محل الدائن الذى استوفى حقه فى الأحوال الآتية » :

١ - إذا كان الموفى ملزماً بالمدين مع المدين ، أو ملزماً بوفائه عنه .

ب - إذا كان الموفى دائئاً ووفى دائئاً آخر مقدماً عليه بما له من تأمين حقيقى ، ولو لم يكن للموفى أى تأمين .

— وحلول الموفى محل الدائن نافع من كل الوجوه . فهو نافع للموفى ، إذ يسر له سيلاً مهنياً للرجوع بحقه ، ويحمى له أسباباً لاستغلال ماله . وهو نافع للدائن ، إذ يستطيع بفضل الحلول أن يجد من يوفى له حقه فى وقت يكون المدين فيه غير قادر على الوفاء . وهو نافع للمدين ، إذ يتوق أن يسجل الدائن بالتفويض ضده ، ويغلب أن يتمكن من استهلاك الدائن الجديد الذى وفى الدين . ثم إن الحلول لا يضر أحداً ، فإن الدائن الجديد لم يزد على أن حل محل الدائن القديم ، فلا يتأذى من ذلك الدائنتون الآخرون ولا الكفلاء ، إذ لم يتغير عليهم من الدائن غير اسمه (انظر فى هذا المنقح بوردى وهارد ٢ فقرة ١٥١٦ ص ٦١٦ - ص ٦١٧ - بلانتيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢١٩ ص ٦٢٦ - ٦٢٧) .

ج - إذا كان الموفى قد اشترى عقاراً ودفع ثمنه لدائنين خصص العقار لضمان حقوقهم .

د - إذا كان هناك نص خاص يقرر للموفى حق الحلول (١) .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ١٦٢/٢٢٥ (٢) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٣٢٥ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٣١٣ - وفي التقنين المدني العراقي المادة ٣٧٩ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المواد ٣١٠ إلى ٣١٢ (٣) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٤٦١ من المشروع التمهيدي حل وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٢٨ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٢٢٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٧٧ - ص ١٧٩) .

(٢) التقنين المدني السابق م ٢٢٥/١٦٢ : التأمينات التي كانت على الدين الأصل تكون تأمينا لمن دفعه في الأحوال الآتية فقط : أولا . . . ثانياً - إذا كان الدافع ملزماً بالدين مع المدين أو بوفائه عنه . ثالثاً - إذا كان الدافع دائناً ووفى لدائن آخر مقدم عليه بحق الامتياز أو الرهن العقاري ، أو أدى ثمن عقار اشتراه الدائنين المرتبطين لذلك العقار . رابعاً - إذا كان القانون مرسوماً بحلول من دفع الدين على الدائن الأصل .

(ومن هذا يتبين أن أحوال الحلول القانونية في التقنين المدني السابق هي نفس أحواله في التقنين المدني الجديد . ويبدو من عبارات التقنين السابق أن هذا التقنين يعتبر الدين الذي ووفى قد انقضى ، فيرجع الموفى بدين جديد تنقل إليه تأمينات الدين القديم . أما في التقنين الجديد ، فواضح أن الرجوع يكون بنفس الدين وتأميناته ودفعه ، كما سنرى) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري : م ٣٢٥ (مطابقة لمادة ٣٢٦ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني الليبي : م ٣١٣ (مطابقة لمادة ٣٢٦ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي : م ٣٧٩ (مطابقة لمادة ٣٢٦ من التقنين المدني المصري) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني : م ٣١٠ : يكون الإيفاء مسقطاً للمدين إسقاطاً مطلقاً نهائياً بالنظر إلى جميع أصحاب الشأن . ويجوز أن يكون الإيفاء مقتصر على نقل الدين إذا كان مقترناً باستبدال ، فيقتدر معتدلاً أن الدين موفى كله أو بعضه من قبل شخص لا يجب أن يحمل كل السبب بوجه نهائي ، فيحمل على الدائن الذي استوفى حقه ليشتمل من الرجوع على المدين الأصل أو على الشركاء في الموجب .

م ٣١١ : إن الاستبدال يكون إما مقتضى القانون وإما بمشيئة الدائن أو المدين .

ويخلص من هذا النص أن هناك حالات معينة للحلول القانوني نص عليها القانون (١) ، ولا يمكن أن يكون هناك حلول قانوني دون نص . ونستعرض هذه الحالات .

٣٧٧- الملوف ملزم بالدين مع المدين أو ملزم عنه : وهذه الحالة هي أهم حالات الحلول القانوني ، إذ الحالات الأخرى ليست إلا ذات نطاق محدود ، بل إن الحالة الثالثة منها — حالة ما إذا كان الملوف حائزاً للعقار المرهون — ليست إلا تطبيقاً خاصاً من تطبيقات الحالة الأولى كما سنرى . ثم إن حلة الحلول القانوني هنا واضحة ، فالملوف ملزم بالدين مع المدين أو عنه ، فله مصلحة كبرى في أدائه ، بل هو يجبر على هذا الأداء ، ومن ثم حق له في رجوعه على المدين أن يرجع عليه بدعوى اللائن بعد أن يحل محله .

— ٣١٢ م : يكون الاستبدال قانونياً في الأحوال الآتية : أولاً — لمصلحة اللائن العادي والمرتهن أو بسبب التأمين الذي يوفى حقوق دائر آخر له حق الأولوية عليه . غير أن الاستبدال فيما يخص الحقوق الخاصة للقيد في السجل العقاري لا يكون له مفعول إلا بعد إتمام هذا القيد . ثانياً — لمصلحة الملزم بالإيفاء مع الآخرين (كما في الموجبات التضامنة أو غير المتجزئة) أو الملزم بالإيفاء من أجل آخرين (كالكفيل أو الشخص الثالث محرز العقار المرهون) إذا أجبر على الإيفاء أو كان الإيفاء من مصلحته . ثالثاً — لمصلحة الوارث الذي أوفى من ماله ديون التركة .

(وأحوال الحلول القانوني التقنين اللبناني ماثلة لأحوال في التقنين المصري ، فيما عدا حالة الوارث) .
(١) وقد ورد في المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في خصوص المادة ٣٢٩ منق مائاً :
« استقى المشروع هذا النص من المادة ٢٢٥/١٦٢ من التقنين الحالي (السابق) مع تعديل صياغتها تعديلاً استلهم فيه على وجه الخصوص عبارة المادة ١٨٥ من المشروع الفرنسي الإيطالي . بيد أنه شذ من ملعب هذا التقنين في التفريق بين الحلول القانوني وهو ما يقع بحكم القانون والحلول الاتفاقية وهو ما يقع برضاء اللائن . وقد نقلت أحوال الحلول القانوني جميعاً من التقنين القائم ، وهو يورد منها ما جرت سائر التقنينات على إيرادها (أنظر للمادة ١٢٥١ من التقنين الفرنسي والمادة ١٨٢ من المشروع الفرنسي الإيطالي والمادة ٣١٢ من التقنين اللبناني ، ومطابق لمشي النص المادة ١٢١٠ من التقنين الأسباني والمادة ٧٧٩ من التقنين البرتغالي والمادة ١١٥ من تقنين الالتزامات السويسري والمادة ٩٨٥ من التقنين البرازيلي ، وتتكلم المادة ٢٦٨ من التقنين الألماني عن انتقال الحق أو تحويله لا عن الحلول) . ويراجى أن الملوف ، في جميع أحوال الحلول القانوني ، يكون غيراً له مصلحة في الوفاء بالدين . فله ، والحال هذه ، أن يوفى رضى لإرادة اللدين واللائن حل حد سواء ، وبذلك يتم له الحلول بحكم القانون عمل اللائن الذي استوفى حقه » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٧٨) .

ويكون الموفى ملزماً بالدين مع المدين إذا كان مديناً متضامناً (١) ، أو مديناً مع المدينين في دين غير قابل للتقسام ، أو كفيلاً متضامناً مع كفلاء آخرين في علاقته بهؤلاء الكفلاء .

ويكون الموفى ملزماً بالدين عن المدين إذا كان كفيلاً شخصياً ، أو كفيلاً عينياً ، أو حائزاً للعقار المرهون (٢) .

فأى من هؤلاء وفي الدين رجع على المدين بدعوى الدائن بعد أن يحل محله بحكم القانون .

فإذا وفي المدين المتضامن كل الدين للدائن ، جاز له أن يرجع بدعوى الحلول على كل مدين متضامن معه بقدر حصته في الدين ، وقد مر بيان ذلك في التضامن . وإذا وفي المدين في دين غير قابل للتقسام للدائن ، جاز له أيضاً أن يرجع بدعوى الحلول على كل مدين معه في هذا الدين بقدر حصته من الدين ، وقد مر بيان ذلك في الالتزام غير القابل للتقسام . وإذا وفي أحد الكفلاء المتضامين الدين كله للدائن ، رجع على كل كفيل بدعوى الحلول بمقدار نصيبه في كفالة الدين ، وهذه غير دعوى الحلول التي يرجع بها على المدين .

وإذا وفي الكفيل الشخصي أو العيني الدين عن المدين ، جاز له الرجوع بدعوى الحلول على المدين بكل مادفعه ، لأن المدين يجب أن يتحمل الدين كله (٣) . وكذلك إذا انتقلت ملكية عقار مرهون إلى شخص ، بالبيع أو الهبة

(١) حتى لو كان المدين الذي تضامن معه أبرئ من التضامن ومع ذلك رجع الدائن على المدين المتضامن بكل الدين (استئناف مخطط ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٠٩ م ٢٢ ص ٧٥) .

(٢) المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٧٨ — وإذا دفع وارث ديناً على التركة ، حل على الدائن في الرجوع على بقية الورثة (استئناف مخطط ١٤ نوفمبر سنة ١٩٤٦ م ٥٩ ص ٢٧) .

(٣) وقد جاء في المرجع المؤلف : « والكفيل ، سواء كان كفيلاً شخصياً أو عينياً ، وسواء كان الكفيل الشخصي متضامناً مع المدين أو غير متضامن ، يحل على الدائن إذا وفي له الدين . فإذا كان الكفيل كفيلاً شخصياً متضامناً مع المدين ، ودفع الدين عنه ، فإنه يرجع عليه بكل مادفعه ، ويحل في حيزه الرجوع على الدائن في كل ماله من تأميمات . وكذلك الأمر لو كان الكفيل الشخصي غير متضامن مع المدين . غير أنه يلاحظ في الحالتين أن الكفيل إذا حل على المدين »

أو المقايضة أو أى سبب آخر لا انتقال الملكية ، فإنه يصبح ملزماً بالدين عن المدين . فإذا وفى الدين حل محل الدائن قانوناً ، ورجع بدعوى الحلول على المدين بكل مادفعه . وقد أفرد القانون هذه الحالة بالذكر كحالة خاصة من حالات الحلول القانوني ، وستكون محلاً للبحث فيما يلي .

كذلك يمكن القول إن المتبوع مسئول عن التابع ، فإذا كان التابع مؤمناً على مسئوليته مثلاً ، ورجع المصاحب على المتبوع فوفى هذا دين التابع ، فإنه يحل محل الدائن - للمصاحب - في التأمين ، ويرجع بدعوى الحلول هذه على شركة التأمين (١) .

== الدائن في الرجوع حل كفلاء آخرين ، فإنه لا يرجع حل كل كفيل إلا بقدر حصته من الدين بمقتضى حق التقسيم . وإذا كان الكفيل كفيلًا عينيًا ، ودفع الدين عن المدين ، فإنه يرجع حل المدين بكل ما دفعه ، ويحل محل الدائن فيما له من تأمينات . فإذا كانت هذه التأمينات كفيلًا شخصيًا ، رجع الكفيل العيني حل الكفيل الشخصي بقدر حصة هذا الأخير ، ويقسم الدين بينهما على أساس أن الكفيل الشخصي قد كفل الدين وأن الكفيل العيني قد كفل الدين بقدر قيمة الدين التي تضمنها رهنًا ، فيكون تقسيم الدين بينهما بهذه النسبة . فلو كان الدين ثلاثة ، وضمن الكفيل الشخصي كل الدين ، وقدم الكفيل عينيًا قيمتها مائة ، فإن الدين يقسم بين الكفيلين بنسبة ثلاثة (قدر ما ضمنه الكفيل الشخصي) إلى مائة (قدر ما ضمنه الكفيل العيني) ، فتكون حصة الكفيل الشخصي مائتين وخمسة وعشرين وتكون حصة الكفيل العيني خمسة وسبعين . وإذا كانت التأمينات كفيلًا عينيًا آخر ، قسم الدين بينهما بنسبة قيمة ما تضمنه كل منهما شيئًا بالدين (الموجز فقرة ٥٥٦) .

(١) وقد كشف العمل عن أخطاء أخرى يكون فيها المولى ملزمًا بالدين فيحل محل الدائن ، ويرجع بدعوى الحلول على المدين . من ذلك شركة التأمين عن الإصابات ، فهي مسئولة عن تعويض المصاحب ، فإذا وقته التعويض حلت محله في الرجوع على المسئول عن الإصابة . ومن ذلك الوكيل بالعمولة ، إذا وفى من ماله ثمن البضاعة التي اشتراها لعميله ، حل محل البائع الذي وقاه حقه في الرجوع بالتأخر حل هذا العميل . ومن ذلك من يقوم بتخليص البضائع من « الجمر » ، إذا دفع الرسوم المستحقة ، حل محل مصلحة الجمارك في الرجوع بهذه الرسوم على صاحب البضاعة (انظر في ذلك بلاتويول وريبير ودودان ٧ فقرة ١٢٢٨ ص ٦٣٤) .

أما إذا كان المولى غير ملزم بالدين ووقاه ، لم يكن من حقه الرجوع بدعوى الحلول . فالولي أو الوصي أو القيم ، إذا وفى دين الصغير أو المحجور ، لم يحل محل الدائن في الرجوع عليه ، ومن تعهد عن الغير وتأخر الغير بتعده ، إذا وفى قيمة هذا التعهد للدائن ، لم يحل محله في الرجوع على الغير ، لأن التعهد بعد إقرار الغير لم يعد ملزمًا بالتعهد (انظر في هذا المعنى بوردو وهارد ٢ فقرة ١٥٦٠ إلى فقرة ١٥٦٠ مكررة ثانياً) .

٣٧٨ - الموفى دائن وفى دائنا مقرما عليه : ويجل الموفى محل الدائن ، فيرجع على المدين بدعوى الحلول ، « إذا كان الموفى دائناً وفى دائناً آخر مقلماً عليه بما له من تأمين عيني ، ولو لم يكن للموفى أى تأمين » .

ويفرض القانون أن هناك دائنتين للمدين واحد ، أحدهما مقدم على الآخر بموجب تأمين عيني (١) ، أى أن المدين قد رهن عقاراً مملوكاً له لأحد الدائنتين ثم رهنه للآخر ، فصار الأول مقلماً على الثاني . بل يجوز أن يكون الدائن الثاني لم يرتهن العقار وظل دائناً شخصياً ، فإن الدائن الأول مقدم عليه بما له من حق الرهن . بل يجوز أيضاً أن يكون التأمين الذى يقدم به الدائن الأول على الدائن الثاني ليس حق رهن رسمى ، بل حق رهن حيازة ، أو حق امتياز ، أو حق اختصاص ، فكل هذه تأمينات عينية تجعله مقلماً على الدائن الثاني .

ففى جميع هذه الأحوال قد يكون للدائن المتأخر مصلحة محققة فى الوفاء بدين الدائن المتقدم والحلول محله فى هذا الدين ، وتتحقق هذه المصلحة فى فرضين :

(أولاً) قد يرى الدائن المتقدم أن يتخذ على العقار المرهون ، ويكون الوقت غير مناسب للتنفيذ ، فيتوقع الدائن المتأخر أن يباع العقار فى المزاد العلنى بأغنى الأثمان . وقد لا يعنى الدائن المتقدم ذلك ، إذ يكون متأكداً من أنه

— هذا وإذا دفع أحد المدينين المتضامنين الدين كله ، كان له أن يوجه دعوى الحلول إلى المدينين المتضامنين الآخرين وإلى الدائنتين المرتهنتين المتأخرتين فى المرتبة عن الدائن الذى وفى حقه (استئناف مخطوط ٣٠ مايو سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٤١٩) .

(١) وليس من الضروري أن يكون للدائنتين مدين واحد ، بل يكفي أن يكون كل من الدائنتين له تأمين عيني على نفس العقار وأحدهما مقدم على الآخر ، فيصح أن يكون صاحب العقار مديناً لأحدهما وقد رهن له عقاره وكفيلاً لثاني الآخر ، كما يكفي أن يكون صاحب العقار كفيلاً كلياً لكل من الدائنتين (هودى وهارد ٢ بقرة ١٥٤٣ مكررة) .

هذا وإذا كانت العين قد بيعت لشخصين ، ودفع أحدهما حصته من الثمن ، وبقي امتياز البائع ضماناً للباقي من الثمن وهو حصته المشتري الآخر ، ثم بيعت العين فى المزاد للوفاء بهذه الحصه ، فما استفاده البائع من ثمن العين بما يقع فى نصيب المشتري الأول يحل فيه هذا المشتري محل البائع فى حق امتيازده ، لأنه يكون فى حكم الدائن الذى وفى دائناً مقلماً عليه (استئناف مخطوط ٢٤ ديسمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ١٠٤) .

مستوفى حقه مهما بلغ ثمن العقار المرهون ، وإنما تعود الخسارة على الدائن المتأخر فهو الذى سوف لا يدرك من ثمن العقار ما يكفى لوفاء بحقه . فيكون من مصلحة الدائن المتأخر أن يوفى الدائن المتقدم حقه ، فيحل محله فى رهنه ، ويمنع بهذا الجلول التنفيذ فى وقت غير مناسب تحيئاً لفرصة بيع فيها العقار المرهون بثمان يكفى لوفاء الدين المتقدم والدين المتأخر جميعاً .

(ثانياً) قد يرى الدائن المتأخر أن العقار المرهون لا يكفى لوفاء الدينين المتقدم والمتأخر معاً ، مهما بلغ ثمن هذا العقار وفى أى وقت بيع ، ولكن يكون للدائن المتقدم تأمين على عقار آخر مملوك للمدين أو لكفيل عيني . فيوفى حق الدائن المتقدم حتى يحل محله فى رهنه المتقدم وفى تأمينه الآخر ، ويستطيع بذلك أن يستوفى الدينين معاً من العقار المرهون ومن هذا التأمين الآخر . من أجل ذلك أجاز القانون للدائن المتأخر أن يحل محل الدائن المتقدم إذا وفى له دينه (١) ، فيحقق لنفسه مصلحة مشروعة ، وذلك دون أن يضار

== أما إذا كان العقار مرهوناً لدائنتين أحدهما مقدم على الآخر ، ثم رسا مزاده عند التنفيذ على المرتبة الثانية ، فما استوفاه المرتبة الأول من ثمن العقار المقرب فى ذمة المرتبة الثانية لا يعتبر مدفوعاً من المرتبة الثانية حتى يحل محل المرتبة الأول فيه ، لأن المرتبة الثانية إنما وفى المرتبة الأول ديناً ترتب فى ذمته وهو الثمن الذى رسا به المزاد عليه (استئناف مخطوط ٢٤ أبريل سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٣٩٨) . وقد قضت محكمة الاستئناف المخططة فى دوائرها الخمسة فى هذا المعنى أيضاً بأنه إذا كان لدائن رهنان على عقارين ، فنفذ على أحد حلين المقارين واستوفى حقه من رهنه ، فأضر ذلك بدائن مرتبة متأخر لنفس العقار ، فإن الدائن المتأخر لا يحل محل الدائن المتقدم فى الرهن الذى لهذا الدائن على العقار الآخر لأنه لم يوفه حقه من ماله (٢٨ فبراير سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٣٨١) . ولكن إذا كان هناك دائنتان مرتبتان أحدهما مقدم على الآخر ، وكان الدائن المتقدم له رهن على عقار آخر ، ووفى الدائن المتأخر الدائن المتقدم حقه ، فإنه يحل محله فى الرهينين معاً ، لأنه يكون قد وفى الدائن المتقدم حقه من ماله لا من ثمن العقار (استئناف مخطوط ٢١ فبراير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٢٤٢) .

(١) ويصح أن يوفيه جزءاً من دينه إذا قبل المولى له هذا الوفاء الجزئى ، فيحل محله فى هذا الجزء (انظر فى مناقشة هذه المسألة بورضى وبارد ٢ بقرة ١٥٤٣ مذكورة ثانياً) . ولكن لا يجوز أن يترتب على الدائن المتأخر حتى يتزوج الدائن المتقدم ملكية العين المرهونة ، ويتقدم فى التوزيع فى مرتبة أصل ، وعند ذلك يأق الدائن المتأخر يريد أن يوفى الدائن المتقدم ليحل محله (استئناف مخطوط ١٨ مارس سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٨٦ - ٢٥ مارس سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٩٤ - ٣٠ ديسمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٩٤ - ٨ مارس سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٨٢) .

الدائن المتقدم إذ هو يستوفى حقه كاملاً ، ودون أن يفصل المدين فان الموقف بالنسبة إليه لا يتغير ، ولا يؤوده في شيء أن يحل دائن محل آخر ما دام يحل في نفس الدين .

ويشترط فيما قدمناه شرطان : أن يكون الموفى دائئاً لنفس المدين ، وأن يكون الموفى له دائئاً متقدماً بما له من تأمين حقيقي .

فيجب أولاً أن يكون الموفى دائئاً لنفس المدين . فلا يجوز لأجنبي غير دائن للمدين أن يوفى حقاً للدائن له تأمين حقيقي ليحل محله حلولاً قانونياً في هذا التأمين (١) . والذي يجوز هنا هو الحلول الاتفاقي للحلول القانوني ، فينتفي الأجنبي مع الدائن أو مع المدين على الحلول بالطرق التي قررهما القانون على النحو الذي سنبيته في الحلول الاتفاقي . فإذا كان الموفى دائئاً للمدين ، فقد توافر الشرط المطلوب ، ولا يهم بعد ذلك أن يكون للموفى هو أيضاً تأمين حقيقي متأخر أو أن يكون دائئاً شخصياً ليس له أي تأمين (٢) ، وقد تهدمت الإشارة إلى ذلك .

ويجب ثانياً أن يكون الموفى له دائئاً متقدماً على الموفى بما له من تأمين حقيقي . فلو كان الموفى له دائئاً متأخراً عن الموفى في تأمينه الحقيقي أو ليس له تأمين حقيقي أصلاً ، فلا محل هنا للحلول القانوني ، لأن مصلحة الموفى في هذا الحلول ، وهو متقدم على الموفى له أو مساو ، ليست واضحة . قد تكون له مصلحة محدودة في منع هذا الدائن من القيام بإجراءات التنفيذ في وقت غير مناسب ، ولكن هذا الدائن إذا فعل ذلك أضر بنفسه أيضاً لأنه غير متقدم على الدائن الأول . وقد تكون للدائن المتقدم مصلحة في منع الدائن المتأخر من المعارضة في الديون ، حتى لا تقف إجراءات التوزيع أو حتى يتيسر لإجراء تسوية ودية ، ولكن هذه المصلحة جد محدودة لم ير القسانون أن يرتب عليها حلولاً قانونياً .

(١) بودري وبارد ٢ فقرة ١٥٤٢ مكررة ثالثاً - بلاتويل وريير ودوران ٧ فقرة ١٢٣٠ ص ٦٣٧ - ص ٦٣٨ .

(٢) ديراغتون ١٢ فقرة ١٤٩ وقرة ١٥٣ - لا رومير ٤ ١٢٥١ م ١ فقرة ٥ - ديمولومب ٢٧ فقرة ٤٥٨ - فقرة ٤٥٩ - لوران ١٨ فقرة ٦٩ - بودري وبارد ٢ فقرة ١٥٤٢ مكررة أولاً - بلاتويل وريير ودوران ٧ فقرة ١٢٣٠ .

هذا إلى أنه من اليسير على الدائن المتقدم في مثل هذا الغرض أن يؤف الدائن المتأخر حقه بعد أن يحصل منه على حلول اتفاق ، بل دون اتفاق على حلول أصلاً ، فإن الوفاء بحق الدائن المتأخر يبعده عن التوزيع فيتمسك للدائن المتقدم أن يعضى فيه أو أن يجرى التسوية الودية التي ينشدها كما لو كان هناك حلول (١).

ولا بد ، كما قلنا ، أن يكون للموئ لمعتقماً على الموئ بما له من تأمين عيني . فإذا لم يكن للموئ له تأمين عيني ، ولو كانت له ميزة أخرى تضاهي التأمين العيني كدعوى فسخ أو حق في الحبس ، فإن نص التشريع أصبح من أن يتسع لهذا الغرض ، فلا يكون هناك حلول قانوني . فلو أن الموئ له بائع لم يقيد بحق امتيازها واكتفى بدعوى الفسخ ، فلا يحق للدائن آخر وفاء الثمن أن يحل محله في دعوى الفسخ . ولو أن الموئ له دائن ليس له تأمين عيني بل له حق في حبس عين للمدين ، لم يحز للدائن آخر وفاء حقه أن يحل محله فيحبس العين (٢) .

(١) قارن بودري وبارد ٢ فقرة ١٥٤٤ - وإذا كان للدائن المتأخر رهن على عين أخرى بالإضافة إلى رهنه المتأخر على العين الأولى ، فإن الدائن المتقدم - باختياره دائماً - حادياً بالنسبة إلى العين الأخرى - يستمر دائماً متأخراً ، فله أن يؤف حق الدائن على هذه العين الأخرى ويحل محله في الرهن إذا كانت له مصلحة في ذلك (انظر في هذا المعنى الأستاذ عبد الحى حجازي ٣ ص ٤٨ - وقارب : استثنائات مختلط ٢٥ يولييه سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٨٨) . وهذا وقد يكون للدائن الموئ له حقان ، أحدهما متقدم على حق الدائن الموئ والاخر متأخر . ويلغى القضاء الفرنسي في هذه الحالة إلى أن الدائن الموئ يجب عليه أن يؤف الدائن الموئ له بالحقين نماءً ، للتقدم والمتأخر ، لأنه لو اقتصر على الوفاء بالحق المتقدم ، فإن الموئ له يكون بدوره ، وبمقتضى حقه المتأخر ، جائزاً له أن يؤف الموئ حقه ليحل محله هو الآخر ، وفي هذا دور يريده القضاء بتجنيده (محكمة النقض الفرنسية ٢ أغسطس سنة ١٨٧٠ سيرة ٧١ - ١ - ٢٥ - وانظر أيضاً : ديولوب ٢٧ فقرة ٤٧٨ - بودري وبارد ٢ فقرة ١٥٤٣ مكررة خامساً وما بعدها - بلانويول وريبيرو وردوان ٧ فقرة ١٢٣٠ ص ٦٣٧ هامش رقم ٥) . وتطبيقاً لهذا المبدأ ، إذا كان لدائن رهنان في المرتبة الأولى على عقارين ، وكان له إلى جانب ذلك دين آخر مضمون برهن متأخر على العقار الثاني ، لم يحز للدائن متأخر مرتبة العقار الأول أن يولييه الدين المضمون بالرهنين ليحل محله فيها ، وذلك لأن الدائن المتقدم هو في الوقت ذاته دائن متأخر بالنسبة إلى العقار الثاني ، فيحق له أن يؤف بدوره الدائن الآخر حقه ليحل محله ، ومن هنا يأتي الدور (انظر بودري وبارد ٢ فقرة ١٥٤٣ مكررة ثامناً) .

(٢) ولو أراد الموئ أن يحل محل الموئ له ، وجب عليه أن يحصل على حلول اتفاق بالتراضي ، لأن الحلول القانوني يمنع كما قلنا (انظر في تأييد هذا الحكم بودري وبارد ٢ ص

٣٧٩ - الموفى اشترى عقاراً ودفعت منه لرائعته مخصص العقار

لغرضه مقوّمهم : هذه الحالة سبقت الإشارة إليها كتطبيق من تطبيقات الحالة الأولى . ذلك أن المشتري لعقار مثقل بتأمين عيني - رهن أو امتياز أو اختصاص - يصبح حائزاً للعقار (tiers détenteur) ، فيكون مسئولاً عن الدين بحكم انتقال ملكية العقار له . ومن ثم يكون ملزماً بالدين عن المدين ، فيدخل ضمن الحالة الأولى من حالات الجلول القانوني ، وهي الحالة التي سبق بيانها (١) .

وحقّ تبيين ، فيما نحن بصدده ، كيف تتحقق للموفى مصلحة في أن يحل محل الموفى له نفرض أن عقاراً مرهوناً بأعه صاحبه . فالمشتري للعقار المرهون يستطيع بطبيعة الحال أن يظهر العقار المرهون فيتخلص من الرهن ، ولا يحتاج إلى الحلول محل الدائن المرتهن . ولكنه مع ذلك قد تكون له مصلحة في أن يوفى الدائن المرتهن حقه (٢) فيحل محله ويصبح مرتباً للملك نفسه ، في الترضين الآتين :

= فقرة ١٥٤٥ - فقرة ١٥٤٦ ، وفي اقتضاده بلافول وريير ودوان ٧ فقرة ١٢٣٠ ص ٦٣٩ - ص ٦٤٠) .

هذا وقد جاء في المذكرة الإيضاحية المشروع التمهيد في صدد هذه الحالة الثانية من حالات الحلول القانوني ما يأتي : « أما الحالة الثانية فهي حالة الوفاء من أحد الدائنين لدائن آخر مقدم عليه بماله من تأمين عيني . فلو فرض أن عقاراً رهن لدائنين حل التوال ، فللدائن المتأخر مصلحة في الوفاء بحق الدائن المتقدم والحلول محله فيه . فقد يوافق بذلك إلى وقف إجراءات التنفيذ إذا كانت قد بوشرت في وقت غير ملائم ، على أن يعود إليها متى استقامت الأحوال . وقد يتيسر له أحياناً أن ينتفع من تأمينات أخرى خصصت لضمان الدين الذي قام بأدائه . وقد يكون من مصلحة أحد الدائنين السابقين أن يقوم بالوفاء بدين الدائنين المرتهين حتى يفيد من مزايا الحلول . ويرامى أن الدائن المتقدم في الرتبة لا يحل حلولاً قانونياً إذا وقي دائناً متأخراً عنه حتى يتيسر له وقف إجراءات التنفيذ لعدم ملاءمة الظروف ، فللحلول لا يتم في هذه الحالة إلا بالتراضي » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٧٨ - ص ٢٧٩) .

(١) استئناف مخطوط ٢٠ فبراير سنة ١٩١٧ / ٢٩ ص ٢٣٥ - ٨ مايو سنة ١٩١٧

٢٩ ص ٤٠٥ .

(٢) ويجب أن يوفى المشتري الدائن المرتهن مباشرة ، أما إذا دفع المثل البائع ثم استعمل البائع المثل في الوفاء الدائن المرتهن ، فإن المشتري لا يحل حلولاً قانونياً محل الدائن المرتهن . ولكن يجوز أن يقبض البائع المثل من المشتري على قدة دفعه الدائن المرتهن بتفويض من المشتري ،

أولاً - قد يتوق بذلك إجراءات التطهير الطويلة المعقدة ، وذلك بأن يكون ثمن العقار المرهون معادلاً لقيمته ، بحيث إذا بيع العقار في الزاد العلقى لن يبلغ ثمنه في الزاد أكثر من الثمن الذى التزم به المشتري . فإذا فرض أن العقار مرهون لأكثر من دائن ، وكان الثمن الذى التزم به المشتري لا يكفى إلا لوفاء الدائن المرتب الأول ، كان للمشتري أن يدفع الثمن لهذا الدائن فيوفيه حقه ، ويحل محله في رهنه الأول . ولا تصبح هناك مصلحة للدائنين المرتبين المتأخرين في بيع العقار ، فلن يصل ثمنه إلى أكثر من الثمن الذى دفعه المشتري وحل به محل الدائن المرتب الأول ، ولن يصيبهم شيء في التوزيع بعد أن يستولى المشتري على الثمن الذى دفعه . فيستطيع المشتري ، بفضل هذا الحلول القانوني ، أن يوقف عملياً الدائنين المرتبين المتأخرين عن مباشرة التنفيذ على العقار الذى اشتراه .

ثانياً - قد يكون للمشتري مصلحة في أن يحل محل الدائن المرتب إذا كان البيع الصادر له معرضاً للإبطال أو للفسخ ، فحلوله محل الدائن المرتب يحقق له تأمينا عينا عند رجوعه بالثمن في حالة إبطال البيع أو فسخه (١) .

وغنى عن البيان أن المشتري ، إذا وفى الدائن المرتب حقه وحل محله بمقتضى القانون ، فإنه يحل محله في جميع ماله من التأمينات . فإذا كان لهذا الدائن المرتب

١ فيحل المشتري في هذه الحالة محل الدائن المرتب ، لأنه يكون هو — من طريق وكيله البائع — الذى وفى الدائن المرتب حقه (أنظر في هذه المسألة بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٥٢) .
وإذا وفى المشتري للدائن المرتب حقه ، حل محله دون حاجة إلى رضائه أو إلى رضا المدين (استئناف غخط ١٩٠٠ م ١٢ ض ٢٢١) .

(١) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٥٠ مكررة أولاً — ويورد بودرى وبارد فرضاً ثالثاً يتحقق فيه المشتري مصلحة في أن يحل محل الدائن المرتب ، وذلك إذا اشترى العقار من غير مالك ، وأراد المالك الحقيقي أن يسترد منه العقار ، فتعذر يتوق للمشتري ، أمنا على الثمن الذى دفعه للدائن المرتب وحل به محله ، إذ أن المالك الحقيقي عندما يسترد العقار يسترده مرهوناً للمشتري بمقدار هذا الثمن (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٥٠) . وقد يترض على ذلك بأن المشتري من غير مالك لا يصبح مالكا للعقار المرهون ، فلا يكون مستولا عن الدين ، وإذا دفعه للدائن المرتب لم يحل محله حلولاً قانونياً . ومع ذلك فقد قضت محكمة الاستئناف المخططة بأن المشتري من غير مالك ، إذا دفع الدين للدائن المرتب ، حل محله في الرهن (استئناف غخط ١٩٩٥ م ٧ ص ٢٦٥) .

تأمين عيني آخر ، حل المشتري محله فيه ، وقد تتحقق مصلحة له في ذلك فيما إذا كان العقار الذي اشتراه لم يعد يني بالتمن الذي دفعه ، فيكفل التأمين الآخر ضمانه (١) .

ويستوى ، في وفاء المشتري لحق الدائن المرتهن والحلول محله ، أن يفعل المشتري ذلك اختياراً من تلقاء نفسه أو أن يفعله وهو ملزم به ، بأن يكون للبائع قد ألزمه في شروط البيع أن يدفع الثمن للدائن المرتهن ، أو أن يكون الدائن المرتهن قد بدأ في اتخاذ إجراءات التنفيذ فاضطر المشتري أن يوفى له حقه ليتوق هذه الإجراءات (٢) . ويستوى كذلك أن يكون المشتري قد اشترى العقار بمزايدة أو اشتراه في مزاد جبرى (٣) .

٣٨٠ - وجود نص خاص بقر للموفا من الحلول : وقد جاء

في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « وثمة أحوال أخرى ينحل القانون الموفا فيها حق الحلول بنص خاص ، فن ذلك مثلاً جلول موفا

(١) استئناف مخطوط ١١ يولية سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٤٤٠ — ١٤ أبريل سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢٣٧ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٥٣ — بلابول وريير ودوان ٧ فقرة ١٢٢٩ ص ٦٣٦ — ص ٦٣٧ .

وإذا كان المشتري قد اشترى حصة شائعة ، ودفع الدين لفك الرهن الموقع عل المين جميعها ، حل محل الدائن في مواجهة البائع وجميع الشركاء في الشيوع بمقدار ما ونى عنهم من الدين (استئناف مخطوط ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٠٦ م ١٩ ص ٦٣ — أنظر أيضاً : استئناف مخطوط ٢٦ فبراير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٢٦٥) .

(٢) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٥٢ مكررة أولاً — فقرة ١٥٥٢ مكررة ثانياً .

(٣) استئناف مخطوط ٣٠ مايو سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١٥٦ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٤٩ مكررة أولاً .

هذا وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في صدد هذه الحالة الثالثة من حالات الحلول القانونى ما يلقى : « أما الحالة الثالثة فتتقق حيث يكون الموفا قد اشترى عقاراً وأدى ثمنه وفاء لدائنين خصص العقار لضمان حقوقهم ، كما هو الشأن في الحائز . فقد يتاح للموفا في هذه الحالة أن يتفقد من تأمينات أخرى خصصت لضمان الدين الذى أداه . وقد تكون له مصلحة في أداء ثمن العقار للدائنين المرتهين المتقدمين في المرتبة دون أن يقوم بتطهيره ، حق وثق من أن الثمن الذى يرسو به مزاده لا يكل لوفاء بديون من وقام وحل محلهم فيما لو باشر إجراءات التنفيذ فيهم من الدائنين المتأخرين في المرتبة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٧٩) .

م ٤٣ — للوسيط)

الكميالة بطريق التوسط محل الحامل في حقوقه (١).

ذلك أن المادة ١٥٧ من التقنين التجارى تنص على ما يأتى : « الكميالة المعمول عنها البروتستو يجوز دفع قيمتها من أى شخص متوسط عن صاحبها أو عن أحد عييلها ، ويصير لإثبات التوسط والدفع فى ورقة البروتستو أو فى ذيلها . ثم تنص المادة ١٥٨ من هذا التقنين على أن : « من دفع قيمة كميالة بطريق التوسط محل محل حاملها ، فيحوز ماله من الحقوق ويلزم بما عليه من الواجبات فيما يتعلق بالإجراءات اللازمة استيفائها . فإذا حصل هذا الدفع عن الساحب تبرأ ذمة جميع المهيلىن ، أما إذا كان عن أحدهم فتبرأ ذمة من بعده منهم » .

ويتبين من هذه النصوص أن دفع الكميالة بطريق التوسط عن الساحب أو عن أحد المهيلىن يجعل المتوسط الذى دفع قيمة الكميالة محل حلولاً قانونياً محل الدائن - أى حامل الكميالة - فى الرجوع على ساحب الكميالة ومعييلها . فإذا كان المتوسط قد دفع عن الساحب ، فلا رجوع إلا على الساحب دون المهيلىن لأن ذمة هؤلاء تبرأ بهذا الدفع . أما إذا كان قد دفع عن أحد المهيلىن ، فإنه يرجع على الساحب وعلى المهيلىن الذين يسبقون المهيلى الذى دفع عنه ، أما المهيلىون الذين يلون هذا المهيلى فقد برئت ذمتهم بالدفع . فهذه حالة من حالات الحلول القانونى ورد فيها نص خاص فى التقنين التجارى (٢) .

وهناك مثل آخر للحلول القانونى الذى ورد فيه نص خاص ، فقد نصت المادة ٧٧١ مدنى على ما يأتى : « محل المؤمن قانوناً بما دفعه من تعويض عن الحريق فى الدعاوى التى تكون للمؤمن له قبل من تسبب بفعله فى الضرر

(١) مجموعة الأحكام التفسيرية ٣ ص ١٧٩ .

(٢) ويلاحظ أن المتوسط ، فى الحالة التى نحن بصددنا ، عندما دفع قيمة الكميالة لم يكن مسئولاً عن هذا الدين ، وإنما جعل له القانون الحلول محل الدائن توثيقاً للإلتزام ، وتوسياً لسبل الوفاء بسندات الإلتزام التجارية ، فيتيسر الوفاء بهذه السندات من طرق مختلفة . هذا إلى أن المتوسط الذى دفع الكميالة عن الساحب أو عن المهيلى يظل أن يكون صديقاً ينتظر منه إهمال من دفع عنه ، وما يقربه هذا الإهمال أن محل قانوناً محل الدائن (انظر فى هذا المعنى بوردى وبارد ٢ فقرة ١٥٩٦) .

الذي نجمت عنه مسئولية المؤمن ، مالم يكن من أحدث الضرر قريباً أو صهراً للمؤمن له ممن يكونون معه في معيشة واحدة ، أو شخصاً يكون المؤمن له مسئولاً عن أفعاله . وهذا النص يقضى بأن شركة التأمين إذا أمنت مكاناً من الحريق ، ثم احترق المكان المؤمن بخطأ شخص معين ، فإن الشركة تلغى مبلغ التأمين للمؤمن له ، وتحمل عمله قانوناً في حقه ضد المسئول عن هذا الحريق (١) ، وذلك مالم يكن هذا المسئول متصلاً اتصالاً وثيقاً بالمؤمن له ، بأن كان قريبه أو صهره وكان مقياً معه في معيشة واحدة ، أو كان ولده أو شخصاً تحت رعايته ممن يعتبر هو مسئول عنهم . ولو جاز لشركة التأمين أن ترجع على هؤلاء ، وهذا هو مبلغ صلتهم بالمؤمن له ، لكان رجوعها هذا بمثابة الرجوع على المؤمن له نفسه ، فتكون الشركة قد سلبته بالشال ما أعطته بالمؤمن .

(١) ويلاحظ هنا أيضاً أن شركة التأمين ، عندما دفعت مبلغ التأمين للمؤمن له وحلت عمله في الرجوع بالتعويض على المسئول ، لم تكن مسئولة عن هذا التعويض مع المسئول . ومن ثم وجب أن يقسم الحلول القانوني هنا على نص خاص ، إذ أن شركة التأمين عندما دفعت مبلغ التأمين للمؤمن له إنما دفعت ديناً شخصياً في ذمتها له بموجب عقد التأمين . فليس من حقها أن ترجع على المسئول من الحريق بمقتضى القواعد العامة إلا إذا تزل لها المؤمن له من دعواه قبل هذا المسئول ، فالحلول هنا أقرب إلى أن يكون نزولاً عن هذه الدعوى إلى شركة التأمين بموجب نص خاص في القانون (انظر في المني الأستاذ عبد الحمى حجازي ٣ ص ٥١) . ويخلص من ذلك أن حلول شركة التأمين على المؤمن له مقصور على الحالة التي نحن بصدها ، لورود النص في شأنها . وقد ورد نص آخر في القوانين رقم ٦٤ لسنة ١٩٣٦ بشأن إصابات العمل ، فقد نصت المادتان ٧ و ٩ من هذا القانون بأنه إذا كانت إصابة السائل ترتب مسؤولية شخص آخر غير صاحب العمل ، وكان صاحب العمل مؤمناً على حوادث العمل (وقد أصبح هذا التأمين إجبارياً بموجب القانون رقم ٨٦ لسنة ١٩٤٢) ، فإن شركة التأمين التي دفعت قيمة التعويض تحل محل صاحب العمل في حقوقه قبل الشخص المسئول . ولذا هذا هذه الحالات التي وردت فيها مقصود خاصة ، لا يوجد نص عام يقضى ، في التأمين على الحوادث ، بحلول شركة التأمين على المصاب في الرجوع على المسئول . وكثيراً ما تمتد شركات التأمين إلى الاحتفاظ بحقها في الرجوع على المسئول بموجب شرط صريح في وثيقة التأمين ، ويكون هذا الشرط بمثابة اتفاق على حوالة حق محتمل ، فينتقل في حق المسئول بإعلانه بالحوالة وفقاً للقواعد المقررة في حوالة الحق (انظر في هذا المني الأستاذ محمد حل عرفه في التأمين طبعة ثانية ص ١٨٤ — ص ١٩٢ — وقارن بلاتيول وريبر ودوان بقرة ١٢٣٣ ص ٦٤٢ — ص ٦٤٣) .

٥ ٢ - الحلول الاتفاق

(Subrogation conventionnelle)

١ - الحلول باتفاق اللوفى مع الدائن

٣٨١ - التصومى القانونية : تنص المادة ٣٢٧ من التقنين المدنى

على ما يأتى :

« للدائن الذى استوفى حقه من غير المدين أن يفتق مع هذا الغير على أن يحل محله ، ولو لم يقبل المدين ذلك ، ولا يصح أن يتأخر هذا الاتفاق عن وقت الوفاء » (١) .

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المادة ١٦٢/٢٢٥ (٢) .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٣٢٦ - وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٣١٤ - وفى التقنين المدنى العراقى

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٤٦٢ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى :

« للدائن الذى استوفى حقه من غير المدين أن يفتق مع هذا الغير على أن يحل محله حتى لو لم يقبل المدين ذلك . ويكون الاتفاق بورقة رسمية ، ولا يصح أن يتأخر عن وقت الوفاء » . وفى لجنة المراجعة حلت الحكم الخاص بحل الاتفاق فى ورقة رسمية لعدم ضرورة ذلك ، وأصبحت المادة رقمها ٢٢٩ فى المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٣٢٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٨٠ - ص ١٨١) .

(٢) التقنين المدنى السابق م ٢٢٥/١٦٢ : التأمينات التى كانت على الدين الأصل تكون تأميناً لمن دفعه فى الأحوال الآتية فقط : أولاً - إذا قبل الدائن منه الأداء له انتقال التأمينات لمن دفع الدين إليه ...

(والحكم واحد فى التقنينين السابق والجديد ، إلا فيما يتعلق بالتصوير الفنى للحلول فقد قلنا أنه يبدو من عبارات التقنين السابق أن هذا التقنين يعتبر الدين الذى وفى قد انقضى فيرجع الموفى بدين جديد لتقتل إليه تأمينات الدين القديم ، أما فى التقنين الجديد فالرجوع يكون بنفس الدين وتأميناته ودفعه : انظر آنفاً فقرة ٣٢٦ فى الحاشى) .

المادة ١/٣٨٠ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٣١٣ (١) .

وبخلص من هذا النص أن الحلول هنا يجب أن يكون باتفاق بين الموفى والدائن ، ويجب ألا يتأخر الاتفاق على الحلول عن وقت الوفاء . ولا يشترط في الاتفاق شكل خاص ، ويخضع في إثباته للقواعد العامة (٢) .

٣٨٢ - اتفاق بين الموفى والدائن : إذا لم يكن الموفى في حالة

من حالات الحلول القانوني التي سبق ذكرها ، وأراد الوفاء بدين غيره على أن محل محل الدائن ، فسيهله إلى ذلك أن يتفق مع الدائن على هذا الحلول . ذلك أنه ما دام باب الحلول القانوني غير مفتوح للموفى ، فليس أمامه إلا الحلول الاتفاق ، فيتفق إما مع الدائن وإما مع المدين .

وما على الدائن ، حتى يستوفى حقه ، إلا أن يتفق مع الموفى على إحلاله محله . وهو لا يחסر شيئاً من هذا الإحلال ، بل يكسب أن يستوفى حقه في ميعاد حلوله أو حتى قبل هذا الميعاد إذا اتفق الموفى على ذلك . وليس للمدين طرفاً في هذا الاتفاق ، فرضاؤه غير ضروري ، والحلول يتم بغير إرادته ، بل بالرغم عن إرادته . على أنه يفيد فائدة محققة من هذا الوفاء ، فدينه يقضى ويتخلص بذلك من مطالبة الدائن . وإذا كان قد استبدل بالدائن القديم دائناً جديداً ،

(١) التقنينات المدلية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٣٢٦ (مطابقة المادة ٣٢٧ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني الليبي م ٣١٤ (مطابقة المادة ٣٢٧ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ١/٣٨٠ (مطابقة المادة ٣٢٧ من التقنين المدني المصري ، فيما عدا أنها تشترط أن يكون الاتفاق بوثقة رسمية ، كما كان الأمر في المشروع التمهيدى للتقنين المدني المصري الجديد) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٣١٣ : إن الدائن الذى قبل الإيفاء من شخص ثالث يمكنه أن يحمل محله في حقوقه ، ويجب حينئذ أن يحصل الاستبدال صراحة عند الإيفاء على الأكثر . أما تاريخ سند الإيفاء المشتمل على الاستبدال فلا يمد ثاباً بالنسبة إلى الأشخاص الآخرين إلا من يوم صيرورة هذا التاريخ صحيحاً . (والحكم واحد في التقنينين اللبناني والمصري) .

(٢) المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٨٠ -

فيغلب أن يكون هذا الدائن الجديد أكثر تساهلاً معه وأسرع إلى التيسير عليه في وفاء دينه ، وإلا لما تقطوع مختاراً لوفاء الدين . وهذا هو الدور الذي يقوم به الموفى لدين غيره ، فهو من جهة يسدئ خدمة إلى المدين بوفائه للدين وإيمانه حتى يتمكن من الوفاء ، وهو من جهة أخرى يستوثق لضمان حقه قبل المدين بحلولة محل الدائن .

والدائن حر في قبول إحلال الموفى عمله أو عدم إحلاله (١) . وهو حر أيضاً في تحديد مدى هذا الإحلال ، فقد يحله عمله في بعض ضمانات الدين دون بعض ، فيحله في الرهن والامتياز دون أن يحله في الكفالة (٢) .

ولا يشترط في الاتفاق شكل خاص ، فأى تعبير عن الإرادة له معنى الحلول يكفي . وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد يشترط ورقة رسمية نظراً لما للحلول من خطر ، ولكن لجنة المراجعة حذفت هذا الشرط (٣) .

٣٨٣ - هدم تأمر الاتفاق عن وقت الوفاء : ولا يجوز أن يتأخر هذا الاتفاق عن وقت الوفاء (٤) . والغالب أن يكون الاتفاق والوفاء بالدين حاصلين في وقت واحد ، فيتقدم الموفى إلى الدائن ويتفق معه على وفاء حقه مع حلولة عمله في هذا الحق ، ويثبتان الاتفاقين معاً - الاتفاق على الوفاء

(١) ويجهز لوكيل الدائن أن يحل الموفى محل الدائن ، ولو كانت الوكالة عامة (بودوى وهارد ٢ فقرة ١٥٢٧) - وإذا أرسل الدائن محضراً لقبض الدين ، فوكالة المحضر مقصورة على القبض . فإذا اتفق مع الموفى على أن يحل محل الدائن ، لم يسر هذا الاتفاق في حق الدائن إلا إذا أقره (بودوى وهارد ٢ فقرة ١٥٢٧ - فقرة ١٥٢٧ مكررة) .

(٢) لوران ١٨ فقرة ٣٢ - بودوى وهارد ٢ فقرة ١٥٢٩ .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٣٨١ في الماشر فيما يتعلق بتاريخ نص المادة ٣٢٧ مدنى - والتقنين المدنى الفرنسى وتقنين اللوجيات والمقنود البناني يشترط كل منهما أن يكون الاتفاق صريحاً (expresse) ، ولكن ذلك لا يضى اشتراط لفظ خاص . فلان في عهد التقنين المدنى السابق : استثنائات مخططة ١٢ يناير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١٠٦ .

(٤) استثنائات مخططة ٢٠ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٠٧ - ٢١ يناير سنة ١٩٣٢ م

٤٤ ص ١٣٤ .

والاتفاق على الحلول - في مخالصة واحدة (١). ولكن لا شيء يمنع من أن يكون الاتفاق على الحلول سابقاً على الوفاء ، فيتفق الموفى والدائن مقدماً على الحلول ، ثم يلغى الموفى الدين بعد ذلك (٢).

والذي لا يجوز هو أن يكون الوفاء بالدين أولاً ، ثم يليه الاتفاق على الحلول (٣). ذلك أنه إذا تم الوفاء بالدين أولاً ، وتراخى الاتفاق على الحلول إلى ما بعد ذلك ، فإن هذا يفتح الباب للتحايل . فقد يكون المدين وفى دينه وفاء بسيطاً ، وانقضى الدين ، فانقضى بانقضائه رهن فى المرتبة الأولى كان يضمه ، وترتب على ذلك أن الرهن الذى كان فى المرتبة الثانية أصبح فى المرتبة الأولى . ثم يتواطأ المدين بعد ذلك مع الدائن الذى استوفى دينه ، ويجعله يصطنع اتفاقاً مع أجنبي يذكر فيه أن هذا الأجنبي هو الذى وفى الدين وهو الذى حل محله فيه . فيعود الرهن الذى كان فى المرتبة الأولى وكان قد انقضى ، ليحل الأجنبي محل الدائن فيه ، وذلك لإضراراً بالرهن الذى يليه والذى أصبح فى المرتبة الأولى بعد انقضاء الرهن الأول (٤).

(١) ولكن يجب أن يلغى الموفى الدين الدائن حتى يحل محله فيه . وليس من الضروري أن ينضم من ماله ، والمهم ألا يكون الوفاء من مال المدين . فلو أن أجنبياً اقترض المدين مالا ليوفى به دينه ، فوفى المدين الدين من هذا القرض ، لم يحل الأجنبي محل الدائن ، حتى لو ذكر الدائن فى مخالصة الدين أنه يقبل لإحلال القرض محله ، ما دام الدين قد وفى من مال المدين بعد أن اقترضه . والذى يمكن فى هذه الحالة هو الحلول باتفاق مع المدين لا مع الدائن ، إذا استوفيت الشروط الواجبة ، وساقى بيانها (انظر فى هذا المعنى لاروسبيير ٤ م ١٢٥٠ فقرة ٧ - هيك ٨ فقرة ٥٧ - ديولومب ٢٧ فقرة ٣٥٨ - بودى وبارد ٢ فقرة ١٥٢٦ - انظر عكس ذلك : بلايول وريير وروان ٧ فقرة ١٢٢٢ ص ٦٢٨ - ٦٢٩) .

(٢) قارن الأستاذ عبد الحى سحازى ٣ ص ٣٨ .
(٣) ولكن إذا اتفق على الحلول قبل الوفاء بالدين أو معه ، كان الحلول صحيحاً حتى لو أعطيت المخالصة المثبتة للحلول بعد الوفاء بالدين ، فالمعبرة بتاريخ الاتفاق على الحلول لا بتاريخ إعطاء المخالصة (ديولومب ٢٧ فقرة ٣٧٢ - هيك ٨ فقرة ٥٨ - بودى وبارد ٢ فقرة ١٥٢٥ مكررة أولاً) .

(٤) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : واثبات إتمام الاتفاق على الحلول وقت الوفاء على الأكثر ، وقد قصد من هذا الشرط إلى دحر التحايل ، فقد يتواطأ الدائن مع المدين بعد أن يكون هذا قد استوفى حقه ، فيتفقان غشاً على حلول أحد -

٣٨٤ - اثبات الاتفاق على الحلول : ويخضع إثبات الاتفاق

على الحلول للقواعد العامة في الإثبات . فإذا كانت القيمة التي وفي بها الدين تزيد على عشرة جنهات لم يجر الإثبات إلا بالكتابة أو بما يقوم مقامها ، وإلا جاز الإثبات بالينة وبالقرائن .

إلا أنه يلاحظ أن المخالصة بالدين المتضمنة الاتفاق على الحلول يجب أن تكون ثابتة بالتاريخ حتى تكون نافذة في حق موف آخر حل محل الدائن ، أو في حق محال له بالحق ، أو في حق دائن للدائن حجز تحت يد المدين . فهؤلاء الأغيار يتنازعون الأسبقية مع الموف للدائن ، فان كانوا هم السابقين في الوفاء أو في الحوالة أو في الحجز كان الدين لهم ، وإلا فهو للموف . ومن ثم يجب أن يكون السند الذي يتمسكون به هو أيضاً ثابت التاريخ ، فإذا كان تاريخ الوفاء الواقع من الموف الثاني أو تاريخ نفاذ الحوالة في حق المدين تاريخاً ثابتاً - أما تاريخ الحجز فهو ثابت بطبيعة الحال - وجب أن يكون للمخالصة المتضمنة الاتفاق على الحلول تاريخ ثابت أسبق . أما بالنسبة إلى المدين وورثته ، فليس من الضروري أن تكون المخالصة ثابتة التاريخ (١) .

من الأهمية لتفويت حق دائن مرتين ثلث متأخر في الرتبة ، فيما لو أقر النص صحة الاتفاق على الحلول بعد الوفاء (مجموعة الأعمال التفسيرية ٣ ص ١٨١) .
(١) بودي وبارد ٢ بقرة ١٥٢٨ مكررة - بلانول وريبير ودوخان ٧ بقرة ١٢٢٢ - الأستاذ عبد الحى حجازي ٣ ص ٤١ .

هذا وقد يتمسك الغير ، ويدخل فهم دائن مرتين في المرتبة الثانية كان يصبح في المرتبة الأولى لو أن الوفاء كان بسيطاً دون حلول ، بأن الدين كان قد وفي قبل الاتفاق على الحلول ، فيكون الحلول باطلاً وفقاً لما قسناه : فإذا ادعوا أن الذي وفي الدين هو نفس المتمسك بالحلول وأنه وفي الدين أولاً ثم توافقاً مع المثلث والدين على الحلول ، جاز لهم إثبات أسبقية الوفاء على الحلول بجميع الطرق ، لأنهم يفسهون النفس المتمسك بالحلول . وإذا ادعوا أن الذي وفي الدين هو المدين أو شخص آخر غير المتمسك بالحلول ، دون أن يفسهوا غشاً إلى هذا الأخير ، لم يجر لهم إثبات أسبقية الوفاء على الحلول إلا بتاريخ ثابت لوفاء سبق التاريخ الثابت للمخالصة المتضمنة الاتفاق على الحلول (أوبري وود ٢ بقرة ٣٢٢ ص ٦٦٩)

ب - الحلول باتفاق اللوفى مع المدين

٣٨٥ - النصوص القانونية : تنص المادة ٣٢٨ من التقنين المدني على ما يأتى :

« يجوز أيضاً للمدين ، إذا اقترض مالا وفى به الدين ، أن يحمل المقرض محل الدائن الذى استوفى حقه ، ولو بغير رضاه هذا الدائن ، على أن يذكر فى عقد القرض أن المالك قد خصص للوفاء وفى المحالصة أن الوفاء كان من هذا المالك الذى أقرضه الدائن الجديد » (١) .

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المادة ١٦٤/٢٢٧ (٢) .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٣٢٧ - وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٣١٥ - وفى التقنين المدنى العراقى

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص المادة ٤٦٣ من المشروع التمهيدى بطريق الغيرة على أحد الوجهين الآتين : (١) « ويجوز أيضاً للمدين ، إذا اقترض مالا سدد به الدين ، أن يحمل المقرض محل الدائن الذى استوفى حقه ، ولو بغير رضاه هذا الدائن ، على أن يكون الحلول بورقة رسمية ، وأن يذكر فى عقد القرض أن المالك قد خصص للوفاء وفى المحالصة أن الوفاء كان من هذا المالك الذى أقرضه الدائن الجديد » - (٢) « ويجوز أيضاً للمدين ، ولو بغير رضاه الدائن الذى استوفى حقه ، أن يحمل شخصاً آخر محل هذا الدائن ، على أن يكون الحلول بورقة رسمية ، وأن يكون التأشير به على هامش القيد الأصل قد تم قبل أن يسجل تلبية عقارى صدر من دائن آخر » . وقد أثارت لجنة المراجعة النص الأول ، وأقرته بعد حذف الحكم التامض بجعل الحلول بورقة رسمية لعدم ضرورته ، وأصبح رقم المادة ٣٤٤ فى المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب ، لمجلس الشيوخ تحت رقم ٣٢٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٣/ ٢٨٢ و ص ١٨٤) .

(٢) التقنين المدنى السابق : م ١٦٤/٢٢٧ : يجوز للمدين أن يقتصر بدون واسطة مدياته من مجلس آخر ما يكون منه وفاء المتعهد به ، وأن ينتقل لذلك الشخص التأمينات التى كانت للدائن الأصل — وأضافت المادة ٢٢٧ من التقنين المخطط ما يأتى : بشرط أن يكون الاقتراض والانتقال لاثنتين بستة رسمى :

(والحكم واحد فى التقنينين السابق والجديد ، فيما عدا وجوب الورقة الرسمية فى التقنين المخطط ، فقد جرى التقنين الجديد التقنين الأهل السابق فى حذف هذا الشرط) .

المادة ٣٨٠/٢ — وفي تقنين الموجبات والعقود البنائي المادة ٣١٤ (١) .

٣٨٦ — الحلول بالاعتراض مع المدين تبرره أخصاً هملية :

هنا أيضاً ، كما في الحلول بالاتفاق مع الدائن ، لا يكون الموفى في حالة من حالات الحلول القانوني ، فلا يستطيع إذن أن يحل محل الدائن بحكم القانون ، ويلزمه في هذا الحلول أن يتفق عليه مع المدين . ولكن إذا كان الحلول بالاتفاق مع الدائن ، ولو برغم إرادة المدين ، يبدو طبيعياً على أساس أن الدائن هو الذي يتصرف في حقه ، فإن الحلول بالاتفاق مع المدين ، ولو برغم إرادة الدائن ، لا يبدو طبيعياً أصلاً ، فإن الذي يتصرف في حق الدائن ليس هو الدائن نفسه صاحب الحق ، بل هو للمدين وبرغم إرادة الدائن صاحب الحق . ومهما يكن من غرابة ذلك من الناحية النظرية ، فإن الناحية العملية تبرره . ذلك أن الحلول بالاتفاق مع المدين فيه كل النفع للمدين ، ولا ضرر فيه على الدائن ولا على الدائنين الآخرين . أما أن فيه كل النفع للمدين ، فإن تمكن المدين من إحلال المقرض محل دائته ولو بغير رضاه هذا الدائن يتبع أن يجد في يسر من يقرضه المال اللازم للوفاء بدينه ، مادام سيقدم للمقرض

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري : م ٣٧٧ (مطابقة لمادة ٣٢٨ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني الليبي : م ٣١٥ (مطابقة لمادة ٣٢٨ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي : م ٣٨٠/٢ (مطابقة لمادة ٣٢٨ من التقنين المدني المصري ، فيما عدا أن التقنين العراقي يشترط أن يكون الحلول بورقة رسمية كما كان عليه الأمر في المشروع التمهيدى للتقنين المصري الجديد) .

تقنين الموجبات والعقود البنائي : م ٣١٤ : يكون الاستبدال صحيحاً عندما يقترض المدين مبلغاً من المال لإيفاء ما عليه ، فيمنع مقرضه ، لكن يؤتمن على ماله ، جميع الحقوق التي كانت لدائته الأول الذي أوفى دينه . وفي مثل هذه الحالة يجب : (أولاً) أن يكون لسند الاقتراض وللسند الإيفاء تاريخ صحيح (ثانياً) أن يصرح في سند الاقتراض بأن المال إنما اقترض بقصد الإيفاء ويصرح في سند الإيفاء بأن الإيفاء إنما كان من المال المقرض . (ثالثاً) أن يصرح بأن المقرض حل محل الدائن الموفى دينه فيما له من الحقوق — ولا يشترط رضاه الدائن لصحة هذا التسلل .

(والمحم واحدة في التقنين البنائي والمصري) .

نفس الضمانات التي كانت للدائن . فينتفع كل من المدين والمقرض ، المدين بالتخفيف من وطأة الدين وبما يمد له المقرض من أسباب التيسير في الوفاء به ، والمقرض باستثمار ماله في قرض مكفول بضمانات قائمة . ولا ضرر في ذلك على الدائن ، فانه استوفى حقه ، ومادام قد استوفاه فقيم بضربه أن تنتقل الضمانات إلى الدائن الجديد ولا ضرر في ذلك على الدائنين الآخرين ، فان هؤلاء لم تتغير أوضاعهم من مدينهم ، فهم هم في ترتيبهم القائم ، سواء بقى الدائن السابق أو حل محله دائن جديد .

لكل هذه الاعتبارات العملية أجاز القانون أن يكون الحلول باتفاق بين الموفى والمدين ، ولو بغير رضا الدائن . على أن الدائن ، وهو يعلم أن رضاه غير ضروري ، سيأخذ في الغالب إلى الرضاء ، فيتم الحلول باتفاق بين الموفى والدائن نفسه ، وهذا هو الذي يقع عادة في العمل (١) .

٣٨٧ — شروط الحلول بالتراضي مع المدين : ويشترط في هذا

الحلول شرطان :

(أولاً) أن يكون القرض بغرض الوفاء بالدين ، فيذكر في عقد القرض أن المال المقرض قد خصص لهذا الوفاء . ولا يهم ممن يصدر هذا البيان ، من المقرض وهو المدين أم من المقرض نفسه ، والمهم أن يذكر البيان في نفس عقد القرض (٢) . وتقتض صحة البيان حتى يقام الدليل على عدم صحته (٣) .

(١) لوران ١٨ فقرة ٣٨ — ديمولوب ٢٧ فقرة ٢٩٢ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٣٠ — بلانويول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٢٤ — وأنظر كيف دخل الحلول بالاتفاق مع المدين في القانون الفرنسي القديم عقب إزال سعر القائلة في الإيرادات المرتبة من ١/٣ إلى ١/٤ ، ما جعل المدينين يقبلون على الاقتراض بالسعر المنخفض وإحلال مقرضهم محل دائنهم الأصليين ، إل بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٣١ .

(٢) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٣٣ .

(٣) بلانويول وريبير وردوان وريبير ٧ فقرة ١٢٢٥ ص ٦٣١ — ولا يشترط أن يكتب عقد القرض وقت القرض نفسه ، بل قد تتأخر كتابة هذا العقد . بل ويجوز الاتفاق على فتح حساب جار للمقرض نفسه ، ثم يسلم المدين المقرض بعد ذلك من الحساب الجاري لوفاء الدين . أنظر في ذلك بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٣٣ .

(٢) ثانياً أن يذكر في الخالصة عند الوفاء أن المال الموفى به هو مال القرض . ولا يهم هنا أيضاً ممن يصدر هذا البيان ، فقد يصدر من المدين وهو يفي دينه وهذا هو الغالب ، وقد يصدر من الدائن وهو يستوفى حقه وهذا جائز ، وقد يصدر من الاثنين معاً ويقع هذا كثيراً (١) . وتفترض صحة البيان حتى يقام الدليل على عدم صحته (٢) .

وليس من الضروري أن تتعاقب العمليتان ، عملية القرض فعملية الوفاء ، بل يجوز أن تكونا متعاصرتين . ففي ورقة واحدة يثبت عقد القرض ويذكر فيه أن المال المقرض خصص للوفاء ، ثم يذكر في الورقة نفسها أن الوفاء قد تم من مال القرض . ولو تم الأمر على هذا النحو لكان هذا أكثر استجابة لأغراض القانون (٣) ، ولما قامت صعوبات عملية من ناحية ثبوت التاريخ كما سنرى .

ولكن يصبح أن تتعاقب العمليتان ، بشرط أن تسبق عملية القرض عملية الوفاء . إذ لو كانت عملية الوفاء هي السابقة ، لتبين أن الوفاء لم يكن من مال القرض ، فلا يحل المقرض محل الدائن . ومن ثم كان لا بد ، عند تعاقب العمليتين ، من أن تكون كل عملية منهما ثابتة التاريخ ، حتى يستطاع إثبات أن عملية القرض سابقة على عملية الوفاء (٤) .

والسبب في ذلك هو توفى خطر التواطؤ ، كما رأينا في الحلول بالاتفاق مع الدائن . فقد يفي المدين بدينه وفاء بسيطاً ، فينقضى الرهن الذي يضمه . ثم يخطر له إحياء هذا الرهن لإضراراً بمرتبه آخر كان متأخراً في المرتبة وتقدم بعد زوال هذا الرهن الأول ، فيتواطأ مع أجنبي ومع الدائن ، ويصور الأجنبي

(١) بودى وبارد ٢ فقرة ١٥٣٣ .

(٢) بلانول وديير وردوان ٧ فقرة ١٢٢٥ ص ٦٢١ .

(٣) بودى وبارد ٢ فقرة ١٥٣٤ .

(٤) أما إذا افترض المدين وسدد الدين من القرض ، دون أن يذكر في عقد القرض أن القرض خصص لوفاء الدين أو دون أن يذكر في الخالصة أن المال الموفى به هو مال القرض ، فلا حلول ، إلا إذا دفع المقرض الدين مباشرة للدائن وكان في حالة من حالات الحلول القانوني (استئناف مخطئ ٩ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٧٠) .

مقرضاً أقرضه المبلغ الذى وفى به الدين وأجله بهذا الوفاء محل الدائن ، فيحيا الرهن الأول . فسد القانون طريق هذا التحايل ، بأن اشترط أن تسبق عملية القرض عملية الوفاء ، عن طريق التواريخ الثابتة ، فلا يستطيع التحايل بتقديم تاريخ القرض إذا كان متأخراً فعلاً عن تاريخ الوفاء .

على أن القوانين الجرمانية لا تلتجى بالآلى إلى شىء من ذلك ، بل هى تجيز فى صراحة أن يبقى المدين دينه ويستبقى عند الوفاء ضمانات هذا الدين قائمة يستطيع أن يفيد منها ، فيعطىها لمقرض يقرضه المال بعد الوفاء لقاء هذه الضمانات ، ولا ضرر يصيب الدائنين الآخرين من جراء ذلك ، فإن أوضاعهم لم تتغير ، وإنما تغير عليهم اسم الدائن المتقدم ، وقد كان متقدماً عليهم فى كل حال . وهذا ما يسمى فى القوانين الجرمانية بالشهادات العقارية (cédulas hypothécaires) . وكان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد يتضمن نصاً على طريق الخيرة فى هذا المعنى ، ولكن لجنة المراجعة جلدته وآثرت البقاء على التقاليد اللاتينية فى الوفاء مع الحلول بالاتفاق مع المدين ، فالشرط إذن أن يسبق القرض الوفاء أو يعاصره على الأكثر (١) .

(١) انظر تاريخ المادة ٣٢٨ آنفاً فقرة ٣٨٥ فى الهامش — وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « وقد قصد إلى إفساد غروب التحايل . فالرجب المشروع أن يذكر فى عقد القرض أن المال قد خصص للوفاء بالدين ، وأن يذكر فى الخاتمة أن الوفاء كان من هذا المال الذى أقرضه الدائن الجديد . ويرامى أن هذا للتقيد يحول بين المدين وبين الإفادة من تأسيات من يقوم بإبقاء حقه من الدائنين ، من طريق إحلال أحد الأفيار محله . وقد يصح التساؤل عما إذا كان فى تقيد حق المدين على هذا النحو ما يفوت عليه فرصة الانقضاء من استغلال ما يمول له من الائتمان على أساس الرهن الأول ، مع أن احتفاظ الدائن المرتهن المتأخر بمرتبة هذه لا يجعل له فيما لو رفع التقيد وجهاً للشكوى (قانون نظام صكوك الرهن العقارى أوتيسير الائتمان فى العقارات الزراعية فى التقنينات الجرمانية) . وقد رؤى لإنساح المجال للاختيار فشفعت المادة ٦٣ بـمصيصة أخرى تنزل منزلة البديل من صيغتها الأولى . وقد نص فى هذه المصيصة الأخرى على أن للمدين أن يمل من أقرضه على الدائن على أن يكون الحلول بورقة رسمية ، دون اشتراط أتمام عقد القرض فى وقت سابق على الوفاء أو معاصره له . وغاية ما هناك إنه اشترط أن يكون التأشير بهذا الحل على هامش التقيد الأصل قد تم قبل أن يسجل تلبية عقارى صدر من دائن آخر ، لأن من حق هذا الدائن ألا يمتد بلى قيد تال لتسجيل ذلك التلبية » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٨٣) .

وإذا سبق القرض الوفاء ، فلا يهم مقدار الوقت الذى يتخلل العمليتين ، فقد يقصر هذا الوقت أو يطول . ولكنه إذا طال إلى أمد أبعد من المألوف ، أتى هذا البعد ظلاً من الشك فى أن مال القرض لم يستعمل لوفاء الدين ، وكان هذا مدعاة للطعن فى الحلول (١) .

٣٨٨- ماله يشترط فى الحلول بالاتفاق مع المريع : ولا يشترط
التقنين المبنى الجديد غير الشرطين المتقدمين الذكر فى الحلول بالاتفاق مع المدين .
فلا يشترط إذن :

(أولاً) - أن يكون القرض أو المخالصة فى ورقة رسمية . ويشترط التقنين المبنى الفرنسى (م ١٢٥٠ بند ٢) أن يكون كل من القرض والمخالصة فى ورقة رسمية . وكان التقنين المبنى المختلط السابق يشترط أيضاً هذا الشرط فى القرض ونقل التأمينات (٢) . والذى يشترط فى التقنين المبنى الجديد هو ثبوت تاريخ كل من القرض والمخالصة عند تعاقبهما ، وإلا لم يسر الحلول فى حق مقرض آخر له حق الحلول ، أو فى حق محال له ، أو فى حق دائن حاجز ، أو فى حق دائن مرتين متأخر . ولكن يسرى ، بالرغم من عدم ثبوت التاريخ ، فى حق المدين نفسه وخلفه العام ، وفى حق الدائن الذى استوفى حقه (٣) .

(ثانياً) أن ينص صراحة على حلول المقرض محل الدائن ، وهذا بخلاف الحلول بالاتفاق مع الدائن ، فلا بد أن ينص صراحة على حلول الموفى محل الدائن . أما هنا ، فجرد ذكر أن مال المقرض خصص لوفاء الدين وأن الوفاء حصل بمال القرض كاف لاستخلاص حلول المقرض محل الدائن عن طريق الاقتضاء .

(ثالثاً) أن يرضى الدائن بهذا الحلول . فسواء رضى الدائن أو لم يرض ، فإن حلول المقرض محله فى حقه يتم بمجرد الاتفاق على ذلك مع المدين كما سبق

(١) بودرى وبارد ٢ بقرة ١٥٣٤ مكررة - بلانويول وديبير وودوان ٧ بقرة ١٢٢٥

ص ٦٣١ .

(٢) انظر آنفا بقرة ٣٨٥ فى المامش .

(٣) بودرى وبارد ٢ بقرة ١٥٣٨ .

القول . ولما كانت عملية الحلول هذه تقتضى تدخل الدائن ، فهو لا بد أن يقبل الوفاء وأن يذكر في مخالصة أن الوفاء تم بمال القرض ، فانه إذا أبى أن يفعل هذا أو ذاك ، كان لكل من المقرض والمدين الوسيلة القانونية لإجباره على ذلك ، عن طريق العرض الحقيقى والإيداع . فيتم بذلك ما كان الدائن يأباه ، فان قبل الدائن العرض تم الحلول ، وإن أباه أودع المال على ذمته وحكم بعد ذلك بصحة الإيداع على النحو الذى سنبينه ، فيتم الحلول أيضاً على هذا النحو (١) .

المطلب الثانى

أحكام الرجوع بدعوى الحلول

٣٨٩ - مسأله : أياً كان الحلول ، حلولا قانونياً كان أو حلولا اتفاقياً ، فانه متى تم كانت له نفس الآثار ، وكان له نفس التكيف القانونى . فعندنا إذن فى الحلول ، أياً كان مصدره ، مسألتان : (أولاً) الآثار التى تترتب على الحلول (ثانياً) التكيف القانونى للحلول .

١ ٥ - الآثار التى تترتب على الحلول

٣٩٠ - حلول الموفى محل المائى وما يرد على هذا الحلول من القيود : الحلول يجعل الموفى فى مكان الدائن ، فيصبح له حق الدائن بياشره كما لو كان هو الدائن نفسه . وهذا هو الحكم بوجه عام ، غير أنه يرد على هذا الحكم قيود من شأنها أن تجعل الموفى يعامل معاملة أدنى من معاملة الدائن الأصلى من بعض الوجوه .

فنبحث إذن (١) حلول الموفى محل الدائن . (ب) ما يرد على حلول الموفى محل الدائن من قيود .

(١) بوردى وبارد ٢ فقرة ١٥٤٠ — بلانويل وريبير ورموان ٧ فقرة ١٢٢٦ .

١ - حلول الموفى محل الدائن

٣٩١ - النصوص القانونية : تنص المادة ٣٢٩ من التقنين المدني

على ما يأتي :

« من حل قانوناً أو اتفاقاً محل الدائن كان له حقه ، بما لهذا الحق من خصائص ، وما يلحقه من توابع ، وما يكفله من تأمينات ، وما يرد عليه من دفع . ويكون هذا الحل بالقدر الذي أداه من ماله من حل محل الدائن (١) » .

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، ولكن الحكم كان معمولاً به دون نص .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٣٢٨ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٣١٦ - وفي التقنين المدني العراقي المادة ٣٨١ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٣١٥ (٢) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٤٦٤ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٤١ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٣٢٩ (مجموعة الأعمال التمهيدية ٣ ص ١٨٥ - ص ١٨٧) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري : م ٣٢٨ (مطابقة للمادة ٣٢٩ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني الليبي : م ٣١٦ (مطابقة للمادة ٣٢٩ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي : م ٣٨١ (مطابقة للمادة ٣٢٩ من التقنين المدني المصري) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني : م ٣١٥ : إن الاستبدال القانوني أو الاتفاق يحمل الدائن البديل محل في الحقوق محل الدائن الموفى دينه ، ولكن لا يكسب صفة المتفرغ له ولا مركزه - ولا يحق له إقامة دعوى الضمان على الدائن الموفى دينه - ولا يحمل عنه إلا بقدر المال الذي دفعه وبنيته - وإذا كان ملزماً مع غيره ، فلا يحق له مقاضاة شركائه في الوجوب إلا على قدر حصة كل منهم ونصيبه - ويحق للدائن البديل ، فضلاً عن حق إقامة الدعوى الناجمة عن الاستبدال ، أن يقيم الدعوى الشخصية الناشئة عن تدخله بصفة كونه وكيلًا أو فضوليًا .

(وهذه الأحكام تتفق مع أحكام التقنين المصري ، وسنرى ذلك عند الكلام في القيود التي ترد على الحلول وفي مقارنة الحلول بمحوالة الحق) .

ويخلص من هذا النص أن الموفى يحل محل الدائن في حقه : (١) بما لهذا الحق من خصائص (٢) وما يلحقه من توابع (٣) وما يكفله من تأمينات (٤) وما يرد عليه من دفع .

٣٩٢ - يكون للموفى من الدائن بما له من خصائص : محل الموفى

محل الدائن في نفس حقه ، بما لهذا الحق من مقومات وخصائص . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « فالحق ينتقل إلى من تم الحلول له بما له من خصائص ، كما إذا كان تجارياً ، أو كانت له مدد تقادم خاصة ، أو كان السند الملتبث له واجب التنفيذ (١) » .

فالحق الذى حل فيه الموفى محل الدائن إذا كان إذن حقاً تجارياً ، انتقل إلى الموفى على هذه الصفة حقاً تجارياً ، وقد يقتضى ذلك أن يكون التقاضى فيه من اختصاص المحاكم التجارية (٢) . وإذا كان حقاً يسقط بالتقادم بانقضاء مدة قصيرة ، خمس سنوات أو أقل ، فإنه ينتقل إلى الموفى قابلاً للسقوط بالتقادم بهذه المدة القصيرة . وقد تكون المدة أوشكت على الانقضاء ، فلا تلبث أن تنقضى بعد انتقال الحق إلى الموفى ، وهذا عيب في دعوى الحلول لا يوجد في الدعوى الشخصية كما سيأتى . وقد يكون الحق الذى انتقل إلى الموفى ثابتاً في سند رسمى أو فى حكم ، فيكون سنداً قابلاً للتنفيذ فى يد الموفى كما كان فى يد الدائن الأصلى .

بل إن الحق قد تقترب به خصائص أخرى فتنتقل جميعها مع الحق إلى الموفى . فقد يكون الدائن الأصلى قد قاضى بحقه وسار فى إجراءات التقاضى شوطاً بعيداً ، فلا يحتاج الموفى إلى تجديد هذه الإجراءات ، بل يسير فيها من حيث وجدها (٣) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٨٦ .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن من كفل سنداً إذنيّاً ووفاه للدائن ، يجوز له بعد ذلك أن يحوله إلى الغير كما لو كان هو الدائن (٨ مارس سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٧٠) .

(٣) بلانيرول وريبير وروحان ٧ فقرة ١٢٣٥ ص ٦٤٥ .

٣٩٣ - يكون للموفا من الدائن بما يلحقه من نوايع : فلو كان الحق الذى انتقل إلى الموفا ينتج فوائد بسعر معين ، فإن الحق ينتقل منتجاً لهذه الفوائد بهذا السعر ، ويكون للموفا الحق فى تقاضى هذه الفوائد ما استحق منها وما يستحق (١) .

ويعتبر تابعاً للحق ، فينتقل منه إلى الموفا ، دعوى فسخ تقترن بالحق ، كما إذا كان الموفا قد وفى البائع الثمن المستحق له . فإن الموفا يحل محل البائع فى حقه ، بما له من تأمين عيني وهو حق الامتياز ، وما يلحق به من تابع وهو دعوى الفسخ . فيجوز للموفا ، إذا لم يستوف من المشتري الثمن الذى دفعه للبائع ، أن يطلب فسخ البيع ، وأن يتسلم المبيع من المشتري وفاء بحقه (٢) .

ويعتبر أيضاً تابعاً للحق أن يكون للدائن حق الطعن فى تصرف المدين بالدعوى البولصية ، فإذا انتقل الحق إلى الموفا انتقل معه حق الطعن بهذه الدعوى (٣) .

ويعتبر تابعاً كذلك الحق فى الحبس ، فتنتقل العين المعبوسة من الدائن إلى الموفا ، ويكون له الحق فى حبسها حتى يستوفى الدين من المدين .

٣٩٤ - يكون للموفا من الدائن بما يكفل من تأمينات : وينتقل إلى الموفا مع حق الدائن ما يكفل هذا الحق من تأمينات عينية وتأمينات شخصية .

(١) محكمة طلائع ٢٠ يناير سنة ١٩٢٦ المحاماة ٦ رقم ٢٥٧ ص ٣٣٧ - المذكرة الإيضاحية للشروع المنتهى فى مجموعة الأعمال التفسيرية ٣ ص ١٨٦ .

(٢) بودرى وبارد ٢٤٠٠ - ١٥٦٧ - بلاتويل وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٣٥ ص ٦٤٥ - وإذا أجب الموفا إلى طلبه من فسخ البيع وتسلم المبيع من المشتري ، انتقلت ملكية المبيع إلى الموفا انتقالاً مبدئياً تستحق عليه الرسوم الكاملة لانتقال الملكية . بخلاف ما إذا كان البائع هو الذى طلب فسخ البيع واسترد المبيع من المشتري ، فإن ملكية المبيع تعود إلى البائع بأثر رجعى ، وتعتبر كأنها لم تنتقل منه ، لا أنها انتقلت إليه بأثر مبدئياً (بلاتويل وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٤٠) .

(٣) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٦٧ - بلاتويل وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٣٥ ص ٦٤٥ .

مثل التأمينات العينية الرهن الرهني والرهن الحيازي (١) ، سواء كان الراهن هو المدين نفسه أو كان كفيلاً عينياً . ومثل هذه التأمينات أيضاً حقوق الامتياز ، خاصة كانت أو عامة ، على عقار أو على منقول . ومثل التأمينات الشخصية أن يكون الحق كفيل شخصي ، فيبقى هذا الكفيل ضماناً للحق بعد انتقاله إلى الموفى (٢) ، ولا حاجة في ذلك إلى رضاء الكفيل لأن المدين الذي يكفله لم يتغير ولا عبء بتغير الدائن (٣) . ومثل التأمينات الشخصية أيضاً أن يكون الحق مدينون متضامون متعددون ، أو له مدينون متعددون وهو غير قابل للانقسام ، فينتقل إلى الموفى على هذا الوصف . ومن ثم يجوز للموفى أن يرجع به ، لا على المدين الذي وفى دينه فحسب ، بل أيضاً على سائر المدينين المتضامنين في حالة التضامن أو سائر المدينين المتعددين في حالة عدم القابلية للانقسام (٤) .

٣٩٥ - يكون للموفى من الدائن بما يرد عليه من وفوع : وكما تنتقل مع الحق مزاياه من خصائص وتوابع وتأمينات ، ينتقل أيضاً معه ما يرد عليه من دفع ، وكأسباب البطلان والانقضاء ، ما لم يكن الأمر متعلقاً بواقعة غير متشكة عن شخص الدائن ، كالدفع بقصر الدائن ، فهو لا يظل قائماً بعد الحلول متى كان من ثم الحلول له كامل الأهلية (٥) .

(١) استئناف مختلط ٨ يناير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ١٣٤ .

(٢) استئناف مختلط ٢٩ مايو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٤١٥ .

(٣) انظر الأصل للتاريخي - في القانون الفرنسي القديم - في رجوع الموفى على الكفيل : بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٦٧ مكررة أولاً .

(٤) والحلول في التأمينات يقع بحكم القانون ، فلا يحتاج الموفى إلى اتفاق مع الدائن على إحلاله محله في رهن أو في أي تأمين آخر أو في أي طلب للدخول في التوزيع بدلا منه (استئناف مختلط ١٤ فبراير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٣٨ - ١٧ أبريل سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢٨٦ - ٢٥ يونيو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٤٦٨ - ٢٢ أبريل سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ٢٥٧ - ٢٧ أبريل سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٩٢ - ٢ يونيو سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٢٦٥ - ٢٩ يونيو سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ٥٣٠ - ١٦ أبريل سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٣٣٧ - ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٢٥ م ٣٨ ص ١٣٦) . ولا يجوز للدائن أن ينزل عن الرهن أو من مرتبة هذا الرهن إضراراً بحق الموفى الذي حل محله في هذا الرهن (استئناف مختلط ٢٥ مايو سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٢٦٤) .

(٥) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٨٦ .

فإذا كان الحق مصدره عقد باطل أو عقد قابل للإبطال ، جاز للمدين أن يتمسك بهذا الدفع تجاه الموفى كما كان له ذلك تجاه الدائن الأصلي . وإذا كان الحق قد انقضى بالوفاء أو بأى سبب آخر كالتجديد أو المقاصة أو الإبراء أو التقادم ، جاز للمدين أن يدفع بانقضاء الحق تجاه الموفى كما كان يجوز له ذلك تجاه الدائن الأصلي . وإذا كان الحق معلقاً على شرط واقف لم يتحقق ، أو على شرط فاسخ تحقق ، أو كان حقاً مؤجلاً ولم يحل الأجل ، جاز للمدين أن يدفع بكل ذلك ، لا تجاه الدائن الأصلي فحسب ، بل أيضاً تجاه الموفى الذى حل محله .

أما إذا كان الدائن الأصلي قاصراً ، فجاز للمدين أن يمتنع عن الوفاء له شخصياً لعدم صحة الوفاء فى هذه الحالة ، فإنه لا يستطيع أن يدفع بهذا الدفع الخاص بشخص الدائن تجاه الموفى إذا كان هذا متوافراً فيه الأهلية لاستيفاء الدين .

ب — ما يرد على حلول الموفى محل الدائن من قيود

٣٩٦- فى حالات خاصة لا يحل الموفى محل الدائن من جميع الوجوه :

على أنه إذا كان الأصل أن يحل الموفى محل الدائن فى حقه من جميع الوجوه ، فإن هناك حالات لا يكسب فيها الموفى جميع المزايا التى كانت للدائن :

(١) وأولى هذه الحالات أن الموفى إذا وفى الدين للدائن بمبلغ أقل من قيمته ، فإنه لا يرجع على المدين إلا بمقدار مادفع للدائن ، أما الدائن فإنه كان يرجع على مدينه بكل الدين .

(٢) وإذا كان الموفى مدينياً متضامناً وفى الدائن فحل محله حلولاً قانونياً على النحو الذى قدمناه ، فإنه لا يرجع على كل من المدينين المتضامين الآخرين إلا بقدر حصته فى الدين ، وكان الدائن يرجع بكل الدين على أى من المدينين المتضامين .

(٣) وإذا كان الموفى هو حائز العقار المرهون وفى الدائن فحل محله حلولاً قانونياً على النحو الذى قدمناه ، لم يكن له بموجب هذا الحل أن يرجع على

حائز لعقار آخر مرهون في ذات الدين إلا بقدر حصة هذا الجائر بنسبة ماحازه من عقار ، وكان الدائن يرجع على أى حائز لعقار مرهون بكل الدين .

(٤) كذلك لا يرجع حائز العقار المرهون ، إذا هو وفي الدين للدائن ، على الكفيل لنفس الدين ، وكان الدائن يرجع على الكفيل .

(٥) وإذا وفي الغير الدائن جزءاً من حقه وحل محله فيه ، فإن الدائن الأصلي في استيفاء مابقى من حقه يكون مقدماً على الموفى ، فهنا قلت حقوق الموفى عن حقوق الدائن .

ونستعرض هذه المسائل الخمس متعاقبة .

٣٩٧ — رجوع الموفى على المدين بمقدار ما أداه من ماله لا بمقدار

الدين : رأينا أن العبارة الأخيرة من المادة ٣٢٩ من التقنين المدني تنقضى بأن الموفى إذا وفي الدين للدائن بقيمة أقل من مقدار الدين ، فإن رجوعه على المدين يكون بمقدار ما أداه لا بمقدار الدين . وفي هذا فرى الموفى يعامل معاملة أقل من معاملة الدائن ، فإن الدائن إذا كان الغير لم يوفه حقه كان له أن يرجع بكل حقه على المدين . أما وقد قبل الدائن أن يستوفى من الغير حقه متقوصاً ، ونزل عن جزء منه ، فإن هذا النزول يكون في مصلحة المدين لا في مصلحة الموفى ، وكان الدائن قد نزل عن جزء من الدين للمدين ، ومن ثم لا يرجع الموفى على المدين إلا بمقدار ما دفعه لو فاء الدين (١) .

والسبب في ذلك أن الموفى وهو يننى بالدين للدائن إنما يقوم بوفاء الدين ، بعيداً عن فكرة المضاربة التي رأيناها في حوالة الحق لصيقة بمن يشتري الدين . وقد أحاطت الوفاء هنا ملاسبات اقتضت أن ينزل الدائن عن جزء من الدين ويستوفى الباقي ، فليس للموفى أن يرجع على المدين بأكثر مما وفى ، إذ هو لا يقصد المضاربة فيما قام به من وفاء ، وهو في الغالب صديق للمدين أراد إسعافه ، أو ملتزم بالدين أراد الوفاء بالتزامه . ولو كان يقصد المضاربة ويريد الرجوع بكل الدين ،

(١) استئناف مخطوط ١٠ ديسمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٨٥ — بلانيول وريبير وودوان ٧

فقرة ١٢٣٦ ص ٦٤٦ .

فسيبيله إلى ذلك أن يشتري الدين من الدائن بالمقدار الذى دفعه ، وعند ذلك ينتقل إليه الدين كاملاً عن طريق حوالة الحق ، ويرجع به كله على المدين .

٣٩٨ - الموفى مدين متضامن : وإذا كان الموفى مدينًا متضامنًا ، أو كان مدينًا مع آخرين في دين غير قابل للانقسام ، أو كان أحد الكفلاء المتضامين ، ثم وفى الدين كله للدائن فحل محله فيه حلولاً قانونياً ، فقد كان ينبغي أن يكون مدى رجوعه معادلاً للمدى رجوع الدائن . ولما كان الدائن يستطيع أن يرجع بكل الدين على أى مدين متضامن أو على أى مدين في دين غير قابل للانقسام أو على أى كفيل متضامن ، فقد كان ينبغي للموفى أن يفعل ذلك هو أيضاً . ولكن الموفى لا يرجع على أى من المدينين المتضامين الآخرين ، أو على أى من المدينين المتعددين الآخرين في الدين غير القابل للانقسام ، أو على أى من الكفلاء المتضامين الآخرين ، إلا بقدر حصته من يرجع عليه ، وذلك تضاداً من تكرار الرجوع . إذ لو رجع بالدين بعد استئزال حصته على أى من هؤلاء ، لكان للنافع أن يرجع هو أيضاً على أى من الباقيين بما بقى من الدين مستنزلاً منه حصته ، وهكذا ، فيتكرر الرجوع ، فقصر حق الموفى في الرجوع على مقدار حصته من يرجع عليه تبسيطاً لإجراءات الرجوع ، ولأن الدين إذا كان لا ينقسم في علاقة الدائن بالمدينين فإنه ينقسم في علاقة المدينين بعضهم ببعض ، وقد تقدم بيان ذلك عند الكلام في التضامن .

٣٩٩ - الموفى حائز للعقار المرهون ويرجع على حائز لعقار مرهون

أمر - النصوصى القانونية : وتنص المادة ٣٣١ من التقنين المدنى على ما يأتى :
« إذا وفى حائز العقار المرهون كل الدين ، وحل محل الدائنين ، فلا يكون له بمقتضى هذا الحل أن يرجع على حائز لعقار آخر مرهون في ذات الدين إلا بقدر حصته هذا الجائز بحسب قيمة ما حازه من عقار » (١)

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٤٦٦ من المشروع التمهيدى حل وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدنى الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٣٤٣ في المشروع -

والمفروض هنا أن الدين مضمون برهون متعددة على عقارات مختلفة ، وقد بيع كل عقار فأصبح في يد حائز لعقار مرهون . ولما كان كل من هؤلاء الحائزين ملتزماً بالدين من المدين ، فإنه إذا وفى أحدهم الدين للدائن حل محله قانوناً . وكان ينبغي أن يرجع بالدين ، بعد أن يستنزل منه حصته بحسب قيمة ما حازه من عقار ، على أى من الحائزين الآخرين ، وكان الدائن يرجع بكل الدين على أى منهم لأن الرهن غير قابل للتجزئة . ولكن النص يقضى بأن يرجع الموفى على كل من الحائزين الآخرين بقدر حصته في الدين بحسب قيمة ما حازه من عقار ، حتى لا يتكرر الرجوع ، وذلك لنفس الاعتبارات التي سبق لإيرادها في خصوص التضامن (١) .

= التباين . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فجلس للشيخ تحت رقم ٣٢١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٩٠ - ص ١٩١) .

ولا مقابل لهذا النص في التفتين الملقى السابق ، ولكن الحكم كان معمولاً به دون نص . ويقابل في التفتينات المدنية العربية الأخرى : في التفتين الملقى اليسى المادة ٣١٨ وهي مطابقة للمادة ٣٣١ من التفتين الملقى المصري . ولا مقابل لنص في التفتين الملقى السوري ، ولا في التفتين الملقى العراقي ، ولا في تفتين الموجبات والمقود البتاني ، ولكن الحكم يمكن العمل به دون نص .

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في هذا الصدد ما يأتي : « فإذا قام أحد المدينين المتضامنين بالوفاء بالدين بأسره ، كان له أن يرجع على الباقي كل بقدر حصته ... ولو كان رجوعه هذا مؤسداً على دعوى الحلول ... وقد طبقت القاعدة نفسها فيما يتعلق بالحائز عند وفاته بكل الدين الذي رهن المقار لفنان الوفاء به . فليمثل هذا الحائز أن يرجع بدعوى الحلول على الحائزين الآخرين ، سواء في حالة تعدد العقارات المرهونة في دين واحد ، أو في حالة تعدد المشترين لعقار المرهون ، ولكن ليس له أن يرجع على كل منهم إلا بقدر نصيبه في الدين حسب قيمة ما يكون حائزاً له » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٩٠ - ص ١٩١) . وتقول محكمة استئناف مصر إن هذا هو الحل الذي تحمله العدالة حفظاً لتوازن في الحقوق والواجبات بين جميع الحائزين ، لأن القسائون يتحملون كلا منهم حق الحلول على الدائن الأصل في حقوقه متى وفى الدين ، وله بهذه المثابة أن يرجع على سواء من الحائزين ومنهم من دفع أولاً . فغير وسيلة لفظ الموازنة بين الجميع هي أن يحمل رجوع بعضهم على بعض متناسباً مع قيمة ما يجهزون (استئناف مصر ٧ أبريل سنة ١٩٤٧ المجموعة الرسمية ٤٨ رقم ٢٨٠) . وانظر : استئناف مخطط ٦ مارس سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ١٩٦ - ٢٠ مارس سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ٢٣٠ - ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٢٠ م ٣٣ ص ٩٥ - ٢٤ أبريل سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٣١٣ .

٤٠٠ - الموفى مائز للعقار المرهون ولا يرجع على الكفيل : إذا كان

للدين كفيل شخصي أو عيني ، فأصبح مسئولاً عن الدين ، فانه إذا وفى الدين للدائن حل محله فيه قانوناً . وكان له أن يرجع - كما كان يرجع الدائن - على أى عقار مملوك للمدين ومرهون في الدين ، ولو انتقل العقار إلى يد حائز . فإذا رجع الكفيل على هذا العقار المرهون واستوفى منه مادمعه وفاء للدين ، لم يرجع عليه أحد ، لالمدين صاحب العقار المرهون ولا الحائز لهذا العقار ، لأنه إنما كان مسئولاً عن الدين تجاه الدائن ، لا تجاه المدين ولا تجاه خلفه الخاص حائز العقار المرهون .

أما العكس فغير صحيح . فلو كان الموفى هو الحائز للعقار المرهون ، وحل محل الدائن حلولاً قانونياً ، فانه لا يستطيع الرجوع على الكفيل ، إذ لو رجع عليه ، لكان للكفيل أن يرجع هو أيضاً بدوره على هذا الحائز بدعوى الحلول . فلا فائدة إذن من رجوع الحائز للعقار المرهون على الكفيل ، لأن هذا الحائز مسئول عن الدين تجاه الكفيل بمقتضى الرهن . أما الكفيل فقد رأينا أنه يرجع على الحائز للعقار المرهون ، لأنه غير مسئول عن الدين تجاه هذا الحائز كما قدمنا (١) .

٤٠١ - الموفى لم يوف الأجزاء من المبيع - النصوص القانونية :

تنص المادة ٣٣٠ من التقنين المدني على ما يأتي :

١ - إذا وفى الغير الدائن جزءاً من حقه وحل محله فيه ، فلا يضار الدائن بهذا الوفاء ، ويكون في استيفاء ما بقي له من حق مقلماً على من وفاه ، ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك .

٢ - فإذا حل شخص آخر محل الدائن فما بقي له من حق ، رجع من حل

(١) لكن إذا وفى الحائز للعقار المرهون الدين بأكثر من الثمن الذي اشترى به العقار ، اعتبر فيما زاد على الثمن بمثابة كفيل حقيقي ، وانقسم الدين عليه وحل الكفلاء ، فيرجع على كل كفيل بقدر حصته فيما زاد على الثمن (استئناف مختلط ١٦ أبريل سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٣٢٨) وانظر في أن الحائز للعقار المرهون لا يرجع على الكفيل : بلاتيل وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٤١ .

أخيراً هو ومن تقدمه في الحلول كل بقدر ما هو مستحق له ، وتقاسما قسمة الغرماء (١) .

والمفروض هنا أن الموفى وفي جزءاً من الدين ، فحل محل الدائن في هذا الجزء . فإذا كان المدين قد رهن عقاراً في الدين ، وليس بفي العقار بكل الدين ، وليس للمدين أموال أخرى ، فإن الموفى وقد وفي جزءاً من الدين والدائن الأصلي ولا يزال دائئاً بالجزء الباقي لا يجدان أمامهما غير هذا العقار ليستوفي كل حقه منه ، ويتقدمان معاً على سائر الغرماء بما لهما من حق الرهن . ولكن فيما بينهما كان ينبغي أن يتعادلا ، فإن كلا منهما دائن بجزء من دين واحد ، فلا محل لتفضيل أحدهما على الآخر . ولكن النص - وهو في ذلك يترجم عن الإرادة المحتملة للطرفين - يفترض أن الدائن لم يكن لبرضى باستيفاء جزء من حقه إلا وهو مشروط على الموفى أن يتقدم عليه في استيفاء الجزء الباقي ، وعلى هذا الأساس قد قبل وفاء جزئياً ما كان الموفى يستطيع أن يجبره عليه .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٤٦٥ من المشروع المنتهى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٤٢ ، فجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٣٣٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٨٨ - ص ١٨٩) .

ويقابل في التقنين المدني السابق المادة ٥٠٥/٦١٧ ، وهذا نصها : « إذا دفع الكفيل الدين عند حلول الأجل ، فله الرجوع على المدين بجميع ما أداء ، ويحل محل الدائن في حقوقه . لكن لا تجوز له المطالبة إلا بعد استيفاء الدائن دينه بتمامه إذا كان الكفيل لم يدفع إلا جزءاً من الدين » . (ويتفق هذا الحكم مع حكم التقنين المدني الجديد) .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

في التقنين المدني السوري المادة ٣٢٩ (وهي مطابقة للمادة ٣٣٠ من التقنين المدني المصري) .

في التقنين المدني الليبي المادة ٣١٧ (وهي مطابقة للمادة ٣٣٠ من التقنين المدني المصري) .

في التقنين المدني العراقي المادة ٣٨٢ (وهي مطابقة للمادة ٣٣٠ من التقنين المدني المصري) .

في تقنين الموجبات والمقود البتاني م ٣١٦ : في حالة الإبقاء الجزئي يشترك البتاني مع الدائن في استعمال الموقوف المختصة بكل منهما على نسبة ما يجب لكل واحد ، ويؤتي دينهما من أموال المدينين على نسبة حصص كل منهما . (وهذا النص يخالف نص التقنين المصري ، فهو يفترض أن إرادة الدائن وإرادة الموفى بجزء من الدين قد انصرفت إلى أن يكونا على قدم المساواة ، فيقتاسما حال الدين قسمة للغرماء) .

ومن ثم يتقدم الدائن الأصلي على الموفى في الغرض الذي نحن بصددده ، ويستولى أولاً الجزء الباقي له من الدين ، وما يبق بعد ذلك من ثمن المقار يأخذه الموفى فلا يستوفى به كل حقه (١) .

ونرى من ذلك أن الموفى ، وقد حل محل الدائن في جزء من حقه ، لم يعامل معاملة الدائن ، بل فضل الدائن عليه . على أن هذه القاعدة يحدها قيود ثلاثة :

(١) أنها ليست إلا افتراضاً لما أَرَادَهُ الدائن والموفى *Nemo contra se subrogasse censetur* ، فهي ليست قاعدة من النظام العام . ومن ثم يجوز للدائن والموفى أن يتفقا على غير ذلك ، فلهما أن يتفقا على أنهما يتعادلان ويتقاسمان مال المدين قسمة الغرام . بل لهما أن يتفقا على أن الموفى هو الذي يتقدم الدائن فيستوفى أولاً الجزء من الدين الذي وفاه ، وما يبق بعد ذلك يأخذه الدائن . وهذا ما يقع غالباً ، فإن الموفى وهو يبق للدائن بحقه يكون عادة هو الجانب الأقوى الذي يملئ شروط الوفاء ، فسرعان ما يشترط أن يتقدم الدائن في استيفاء حقه من المدين (٢) .

(٢) وحتى لو لم يتفق الدائن والموفى على شيء يخالف القاعدة المتقدمة الذكر ، وتقدم الدائن على الموفى فهذه ميزة شخصية للدائن وحده ، لا تنتقل منه إلى شخص آخر يبق له بالجزء الباقي من حقه ويحل محله فيه . وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٣٣٠ مدني صراحة على هذا الحكم كما رأينا ، فقضت بأنه : « إذا حل شخص آخر محل الدائن فيما يبق له من حق ، رجع من حل أخيراً

(١) استئناف مخطوط ٢٥ يونيو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٤٦٨ — ٢٠ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٣٥ — وقد طبقت المادة ٧٩٩ من التفتين المدني الجديد هذا الحكم في الكفالة ، فنصت على إنه « إذا وفى الكفيل الدين ، كان له أن يحل محل الدائن في جميع ماله من حقوق قبل المدين . ولكن إذا لم يوف إلا بعض الدين ، فلا يرجع بما وفاه إلا بعد أن يستوفى الدائن كل حقه من المدين » . انظر أيضاً في هذا المعنى المادة ٦١٧/٥٠٠ من التفتين المدني السابق وقد سبق ذكرها .

(٢) بودري وبارد ٢٢ فقرة ١٥٧٥ — بلازيون وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٣٧ ص ٦٤٨ . هذا ويلاحظ أن تفتين الموجبات والمقود البتاني (م ٣١٦) وضع القاعدة على خلاف ذلك كما تقدمنا ، فافتراض أن الدائن والموفى أرادا أن يتعادلا وأن يتقاسما مال المدين قسمة الغرام .

هو ومن تقدمه في الحلول كل يقدر ما هو مستحق له ، وتقاسموا بقسم الغرام (١). ولا يستطيع الدائن ، وهو يستوفى الجزء الباقي من حقه من هذا الشخص الآخر أن يتفق معه على أن يجعله متقدماً على الموق الأول ، إذ أن الموق الأول ليس طرفاً في هذا الاتفاق فلا يسرى في حقه . وإنما يجوز للدائن ، عند استيفاء جزء من حقه من الموق الأول ، أن يشترط عليه أنه هو أو من يخلفه في الجزء الباقي يتقدم على الموق الأول . وعند ذلك يكون للدائن وهو يستوفى الجزء الباقي ، أن يتفق مع الموق الثاني على أن يتقدم على الموق الأول ، وهذا هو ما رضى به الموق الأول مقدماً عند اتفاده مع الدائن (٢) .

(٣) وما قدمناه من أن الموق يجزء من الدين يتأخر عن الدائن عند ما يريد هذا استيفاء الجزء الباقي ، إنما يصح إذا تمسك الموق بدعوى الحلول . أما إذا تمسك بالدعوى الشخصية ، فلا وجه لتفضيل الدائن عليه . فإذا فرض في المثل المتقدم أن المدين لم يرهن عقاراً لضمان الدين ، ووفى الغير الدائن جزءاً من حقه ، ولم يكن عند المدين مال يفي بكل الدين ، فإن رجوع الموق بالدعوى الشخصية على المدين يجعله يزاحم الدائن في رجوعه على المدين بما بقي من حقه ويقاسمان مال المدين بقسم غرام . ذلك أن الموق إنما يرجع ، لا بدعوى الدائن عن طريق الحلول حتى يتقدم الدائن عليه ، بل بدعوى شخصية خاصة به تعادل دعوى الدائن ، فلا محل لتفضيل أحدهما على الآخر (٣) .

(١) انظر المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٨٩ وهذا الحكم هو الصحيح في القانون المدني الفرنسي ، مستمداً من التقاليد دون نص على ذلك (بودرى وبارد ٢ بقرة ١٥٧٣) .

(٢) أما إذا كان الدائن الذي يفي له جزء من حقه - وهو مقدم فيه على الموق - قد حول هذا الجزء الباقي إلى آخر حوالة حق ، فإن الحق الحال به ينتقل إلى الحال له مقترناً بحق التقدم الذي كان للدائن المحيل (انظر في هذا المعنى بودرى وبارد ٢ بقرة ١٥٧٤) .

(٣) بودرى وبارد بقرة ١٥٧١ - بلانويك وريبير ودوران ٧ بقرة ١٢٣٨ ص ٦٤٩ - وإذا رجع من وافي جزءاً من الدين على كفيل للدين بالدعوى الشخصية لا بدعوى الحلول ، لم يتقدم عليه الدائن عند رجوع هذا على الكفيل بالجزء الباقي من الدين ، للأسباب ذاتها (بودرى وبارد ٣ بقرة ١٥٧٢) .

وإذا كان الدائن رهناً متتاليان على عقار واحد يضمنان دينين مختلفين ، ووفى الغير الدائن جزءاً من الدين المضمون بالرهن الأول ، وتقدم الدائن على الموق في استيفائه الجزء الباقي من -

§ ٢ - التكيف القانوني للحلول

٤٠٢ - صعوبة هذا التكيف وسبب ذلك : يقوم في سبيل التكيف القانوني للحلول صعوبة جوهرية : فإن حلول الموفى محل الدائن معناه كما رأينا انتقال حتى الدائن نفسه بمقوماته وخصائصه وتوابعه وتأميناته ودفعه من الدائن إلى الموفى، ثم إن هذا الحلول لا يكون إلا بوفاء الموفى لهذا الحق ، والوفاء سبب من أسباب انقضاء الحق بل هو أهم أسبابه ، فإذا كان الموفى قد وفى للدائن حقه فقد انقضى هذا الحق ، فكيف ينقضى الحق بالوفاء ومع ذلك ينتقل إلى الموفى فيبقى بانتقاله ! كيف ينقضى الحق ويبقى في وقت واحد !

أمام ذلك لجأ الفقه الفرنسي التقليدي إلى القول بأن بقاء الحق بعد انقضاءه بالوفاء إنما هو افتراض قانوني (fiction légale) لا أساس له من الواقع ، فإن الواقع من الأمر أن الحق قد انقضى بالوفاء ، ولكن القانون يفترض مع ذلك بقاءه للأغراض العملية التي توخاها من إحلال الموفى محل الدائن فيه . وقد انقسم الفقه التقليدي في شأن هذا الافتراض القانوني . فبدأ فريق بالقول إن الذي يبقى ليس هو الحق نفسه فانه قد انقضى بالوفاء ، وإنما تبقى تأمينات الحق وهي التي تنتقل لتكفل حق الموفى في الرجوع على المدين . ولكن الفكرة التي تغلبت في الفقه التقليدي هي أن الحق يبقى افتراضاً وتنتقل مع الحق تأميناته وتوابعه وما إلى ذلك .

ثم بدأ الفقه الحديث ينبذ فكرة الافتراض ويواجه المسألة مواجهة جديدة ، فيجعل الوفاء مع الحلول وفاء للحق بالنسبة إلى الدائن وانتقالاً للحق بالنسبة إلى المدين . فيشبه من وجه حوالة الحق ، ولكن يبقى الوفاء مع الحلول مع ذلك متميزاً عن حوالة الحق ، ويظهر ذلك عند بيان الفروق ما بين هذين النظامين . فنحن نبسط أولاً النظريات الثلاث المختلفة في التكيف القانوني للوفاء مع الحلول ، ثم نبرز الفروق ما بين الوفاء مع الحلول وحوالة الحق .

= هذا الدين ، فإن الموفى يتقدم حل الدائن عند ما يريده الدائن استيفاء للدين الآخر المضمون برهن متأخر في المرتبة (انظر في هذا المعنى بلايول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٣٨) .

١ - النظريات الثلاث المختلفة في التكييف القانوني للوفاء مع الحلول

٤٠٣ - بقاء التأمينات ومبرها دوره المحي : يذهب فريق من الفقهاء

إلى أن الوفاء مع الحلول يقضى الحق الموفى به ، لأن الحق لا يمكن أن يبقى بعد الوفاء . وإنما يستبقى القانون ، افتراضاً بسلطان منه ، التأمينات التي تكفل الحق ، وينقلها إلى حق الموفى في الرجوع على المدين بما وفاه من دينه . فكان دعوى الحلول ، في هذه النظرية ، هي نفسها الدعوى الشخصية التي يرجع بها الموفى على المدين ، وتقوم على الوكالة أو الفضالة أو الإبراء بلا سبب ، وإنما نقل القانون إليها التأمينات التي تكفل حق الدائن بعد انقضاء هذا الحق بالوفاء . فالوفاء مع الحلول ليس إذن إلا وفاء ، أو هو ضرب من ضروب الوفاء . ويكون الوفاء نوعين : وفاء بسيطاً (paiement pur et simple) ووفاء موصوفاً (paiement avec modalité) هو الوفاء مع الحلول .

ويبدو أن التقنين المدني السابق كان يشير إلى هذه النظرية في النصوص التي وضعها للوفاء مع الحلول ، إذ كان يقول في المادة ٢٢٥/١٦٢ : « التأمينات التي كانت على الدين الأصلي تكون تأميناً لمن دفعه في الأحوال الآتية . . . » ، وكان يقول في المادة ٢٢٧/١٦٤ : « يجوز للمدين أن يفترض بدون واسطة مدينه من شخص آخر ما يكون منه وفاء المتعهد به ، وأن ينقل لذلك الشخص التأمينات التي كانت للدائن الأصلي . . . » . على أن الفقه والقضاء في مصر ، في عهد التقنين المدني السابق ، لم يكونا يسيران هذا الاتجاه وكانا يذهبان إلى أن الحق نفسه هو الذي ينتقل إلى الموفى (١) .

٤٠٤ - بقاء المحي نفسه وانتقاله إلى الموفى : ذلك أن الفريق الأكبر

من الفقه الفرنسي التقليدي لم يسلم بانقضاء الحق الموفى به مع بقاء تأميناته وانتقالها إلى الموفى . وحجتهم في ذلك أنه إذا كان المنطق المحض يقتضي أن ينقضى الحق بالوفاء ، فكذلك المنطق المحض يقتضي أن تزول تأمينات الحق

(١) انظر الموجز للمؤلف ص ٥٧٨ .

بزوال هذا الحق . فاذا كنا استيقينا التأمينات بالرغم من زوال الحق ونقلناها إلى الموفى ، فليس ذلك إلا عملاً افتراضياً محضاً . وما دمتنا قد لجأنا إلى الافتراض في استبقاء التأمينات ونقلها إلى الموفى ، فلماذا لا نلجأ إلى نفس الافتراض في استبقاء الحق نفسه بتوابعه وخصائصه لننقله إلى الموفى (١) ؟

والفرق كبير بين الاقتصار على نقل التأمينات مع القول بزوال الحق ، وبين نقل الحق نفسه إلى الموفى بما لهذا الحق من خصائص وما يلحقه من توابع وما يكفله من تأمينات وما يرد عليه من دفع . والثاني لا الأول هو حكم الوفاء مع الحلول (٢) ، كما تقتضى بذلك صراحة المادة ٣٢٩ مدنى على الوجه الذى قدمناه .

ويبدو الفرق واضحاً بين القولين . فالقول ببقاء الحق نفسه وانتقاله إلى الموفى لا يخلط بين حق الموفى الشخصى الذى استمده من واقعة الوفاء ، ومصدره الوكالة أو الفضالة أو الإثراء بلا سبب ، وحق الموفى الذى استمده من حلوله محل الدائن وهو حق الدائن نفسه كما قدمنا . فينتقل إلى الموفى بموجب الحلول حق الدائن بمقوماته وخصائصه ، كما لو كان الحق تجارياً أو كان مقترناً بسند تنفيذى أو كانت له مدد تقادم خاصة . وينتقل بتوابعه ، كالفوائد ودعوى الفسخ والدعوى البولصية . وينتقل بتأميناته ، كالرهن وحق الاختصاص وحق الامتياز والكفالة . وينتقل بدفعه ، كأسباب البطلان وأسباب الفسخ وأسباب الانقضاء . أما لو قلنا بالاقتصار على نقل التأمينات مع القول بزوال الحق ، فأننا لا نجعل للموفى إلا حقاً واحداً هو حقه الشخصى الذى استمده من الوكالة أو الفضالة أو الإثراء بلا سبب . فلا ينتقل إلى الموفى نفس حق الدائن ، بل ينقضى هذا الحق بالوفاء بما له من خصائص وما يلحقه من توابع وما يرد عليه من دفع . ولا يبقى إلا حق الموفى الشخصى كما قدمنا ، تصاف إليه التأمينات

(١) انظر فى هذا المنى بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥١٨ ص ٦٢٠ .

(٢) أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٢١ ص ٢٦٣ — ص ٢٦٤ ر ص ٢٧٠ هاشم رقم ٢١ —

بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥١٨ ص ٦١٨ — ص ٦١٩ .

التي كانت تكفل حق الدائن الأصلي (١) . وظاهر أن القول الأول دون الثاني هو القول الصحيح .

٤٠٥ - الوفاء مع المأول وفاء للمؤمن بالنسبة إلى الدائن وانتقال

للمؤمن بالنسبة إلى المدين : والفقه الحديث لا يميل في تكييف الوفاء مع المأول تكييفاً قانونياً إلى فكرة الافتراض القانوني (fiction légale) ، بل هو يواجه هذه العملية المركبة مواجهة صريحة ويحلها إلى عناصرها الأولية .

فالعلاقة من شقين : (١) هي أولاً وفاء للمؤمن (paiement) بالنسبة إلى الدائن ، إذ الدائن يستوفي حقه من المؤمن فينتضي هذا الحق بالنسبة إليه . (٢) ثم هي انتقال للمؤمن (transfert) بالنسبة إلى المدين ، إذ المدين لم يوف الحق بنفسه بل وفاه عنه غيره ، فلا ينتضي بالنسبة إلى المدين بل ينتقل إلى المؤمن لأنه هو الذي وفي الحق في مقابل أن يحل محل الدائن فيه (٢) .

ووجه الدقة في هذه العملية أن هناك وفاء للمؤمن ، ولكن لم يتم به المدين . فمن حيث أن هناك وفاء للمؤمن ، ينتضي الحق بالنسبة إلى من استوفاه وهو الدائن . ومن حيث أن المدين ليس هو الذي قام بالوفاء ، يبقى الحق في ذمته ولكن لدائن آخر حل محل الدائن الأصلي ، هو ذلك المؤمن الذي ما وفي الحق إلا ليحل محل الدائن الأصلي فيه (٢) .

(١) بل إن من هذه التأمينات ما يعتبر صفة في الدين لا في الدائن ، كحق الامتياز ، فينبغي ألا لتفعل حقوق الامتياز بعد انقضاء حق الدائن إذا قلنا بالنظرية التي تلعب إلى انقضاء الحق مع بقاء التأمينات (انظر في هذا المعنى بوردو وبارد ٢ بقرة ١٥١٩) .

(٢) استئناف مخطوط ١٢ يناير سنة ١٩٢٣ م ٤٥ ص ١٢٨ .

(٣) انظر بلايول وريير وردوان ٧ بقرة ١٢٤٤ — دي باج ٣ بقرة ٥٥٣ — بقرة ٥٥٤ وبقرة ٥١٣ — بقرة ٥١٤ وقارن بقرة ٣٣٧ ص ٣٤٤ — ص ٣٤٧ — بيان ولاجارد ٨ بقرة ٥٥٠ — بقرة ٥٥٢ ، ولكنهما يذهبان إلى أن انتقال الحق افتراض قانوني — كولان وكايتان وصى لاموراندير ٢ بقرة ٥١٥ ، وهم وإن كانوا ينفون فكرة الافتراض القانوني ، إلا أنهم يلجئون إلى أن الاحتمالات السلبية هي وحدها التي اقتضت أن ينتضي الحق بالوفاء وهو مع ذلك يبقى بانتقاله إلى المؤمن ، فالاحتمالات العملية هنا قد تطلبت حل الصناعة القانونية . وقارن الأستاذ عبد الحى حجازي ٣ ص ٣٥ — ص ٣٦ ، ويلعب إلى أن هناك —

ومن ثم فإن الوفاء مع الحلول ، من حيث أنه ينقل الحق نفسه من الدائن إلى الموفى ، يقترب كثيراً من حوالة الحق . فلا بد من إبراز الفروق ما بين هذين النظامين المتقاربين ، حتى يتبين في وضوح أنهما نظامان لا يختلطان ، بل يتميز أحدهما عن الآخر . وقد سبقت الإشارة إلى ذلك في إيجاز (١) .

ب - الفروق ما بين الوفاء مع الحلول وحوالة الحق

٤٠٦ - افتراض الغرض العملية : شرع الوفاء مع الحلول

لغرض عملي هو التيسير على المدين في وفاء دينه ، فالموفى هو عادة صديق يتقدم لوفاء دين صديقه لينقذه من مطالبة الدائن الملحة ، ثم يترفق به فلا يرجع عليه إلا عند الميسرة . ولو أراد الموفى أن يرجع مباشرة على المدين ، لكان

= شبيهاً بين من يوفى يدين على الغير وبين من يقوم بعمل لمصلحة الغير ، فلا يجوز أن ينكر على الموفى حقه في التسكع بما أداه لصالح المدين ، وبذلك كان الحلول وسيلة يمتنع بها الشارع جهده المستعان أن يكون الموفى ضحية سبه في الخير !

هذا ويؤيد تكليف الوفاء مع الحلول على أنه وفاء للحق بالنسبة إلى الدائن وانتقال الحق بالنسبة إلى المدين ، ما ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « الأصل في الالتزام أن ينقضى بالوفاء ، متى انقضى على هذا الوجه انقضى تباعاً لذلك ما يتصل به من الملحقات وأغصبا التأمينات للشخصية والعينية والفوائد التي تم استحقاقها من قبيل : انظر المادة ١١٤ من تقنين الالتزامات السويسرى . على أن هذا الحكم لا يجرى على إطلاقه ، بل يجب التحقق في شأنه فيما يتعلق بالوفاء مع الحلول حيث تظل التأمينات قائمة ، بل يظل الالتزام قائماً تساع من ثم الحلول له . ينحصر أثر الحلول ، قانونياً كان أو اتفاقياً ، في إحلال الموفى محل الدائن في الحق الذى استوفاه ، وعلى هذا النحو يظل الحق قائماً بعد الوفاء ، وهو أمر يشق توجيهه من الناحية الفقهية . ومهما يكن من شيء فلفكرة الحلول نصيبها من التراكم : فهي تبدو متد إسناد النظر فيها وفاء ترتب عليه براءة الدقة في صلة الدائن بالمدين . وهى تتمثل في صور الاستغلاف من الحق في صلة الدائن بالموفى ، سقى لتكاد تشبه بالحوالة . على أن بين الحلول والحوالة من دقيق للفوارق ما يمتنع معه هذا الاشتباه ، كما سيأتى بيان ذلك . وبالحلولة أن الدين في الحلول يظل قائماً بعد الوفاء ، دون أن يستبدل به دين جديد (قارئ م ١٦٢ / ٢٢٥) ، ولا يعتبر هذا مجرد افتراض ، بل هو حقيقة واقعة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٨٥ ص ١٨٦) .

(١) انظر آنفاً فقرة ٢٤٤ .

سبيله إلى ذلك ، لئلا الوفاء مع الحلول ، بل حوالة الحق ، فيشتري الحق من الدائن ويرجع به مباشرة على المدين . ولكن الموفى ، كما قدمنا ، لا ينبغي من تدخله كسباً ، بل يقدم يد الدعوة يسلبها الصديق للصديق (office d'ami) . وهو إذا كان لا ينبغي كسباً ، فهو لا يريد أن يتجشم خسارة . ومن ثم فهو يحل محل الدائن في حقه بما لهذا من الحق من تأمينات ، حتى يستوثق من جدوى الرجوع على المدين . على أنه لا يطالب في الرجوع على المدين إلا بمقدار ما أدى لوفاء الدين ، حتى لو كان هذا المقدار أقل من قيمة الدين . ويبقى هذا هو الغرض العملي من الوفاء مع الحلول حتى لو كان الموفى مجبراً على الوفاء ، بأن كان ملزماً بالدين مع المدين أو عنه ، فقد قبل منذ البداية أن يلتزم بالدين ، فهو لا يزال في موقف الصديق . والوفاء مع الحلول لا يكون إلا للدين قد حل ، فيقدم الموفى لتقضائه .

وهذا بخلاف حوالة الحق . فمن يشتري حقاً يشتره عادة بأقل من قيمته ، إما لأن الحق لم يحل أجل الوفاء به ، وإما لأن استيفاء الحق تحيط به صعوبات قوبلت المخاطرة في مواجهتها بخفض في قيمة الحق . ويرجع الحال له بعد ذلك على المدين بكل قيمة الحق . فالحال له ، بخلاف الموفى ، مضارب يعقد صفقة يبنى من ورائها كسباً في مقابل ما يربص به من وقت أو ما يواجه من مخاطرة لاستيفاء الحق . ولا يقتصر على توقي الخسارة ، كما يقتصر الموفى في الوفاء مع الحلول (١) .

(١) وللتقصاء مضطرد في أنه لأجل التمييز بين الوفاء مع الحلول وحوالة الحق ، يجب الرجوع إلى غرض من تعامل مع الدائن . فإن كان غرضه أداء خدمة المدين ببقاء دينه ، فهذا هو الوفاء مع الحلول . وإن ظهر من ظروف الدعوى أنه لم يكن يرى إلى هذا الغرض ، وجب اعتبار العقد حوالة حق . انظر : أسبوط ٢٣ ديسمبر سنة ١٩١٤ الشرائع ٢ رقم ١٢٩ ص ١٢٥ — ١٦ مارس سنة ١٩١٩ المجموعة الرسمية ٢٥ رقم ١٠٥ ص ١٣٨ — استئناف أمل ٢٩ أبريل سنة ١٩٢٥ المجموعة الرسمية ٢٢ رقم ١٣٨ ص ٢٢٤ — استئناف مصر ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ رقم ١٤٥ ص ٢٩٣ — الاسكندرية ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ٢٢١ ص ٤٢٤ — أسبوط ٧ يولييه سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ١٢٥ ص ٢٥٢ — استئناف مصر ٧ مايو سنة ١٩٤١ المجموعة الرسمية ٤٢ رقم ١٠ ص ٢٦٧ — استئناف غنظط ٦ مايو سنة ١٩٩١ م ٣ ص ٣٣٠ — ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٠١ م ١٤ ص ٢٨ — ٢٦ مايو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٥٣٩ — ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٤٦ م ٥٩ ص ٧٥ .

(م ٤٥ — الوسيط)

على أن الموفى ، في الحلول الاتفاقي ، قد ينبغي أيضاً أن يستثمر ماله ، فهو يقوم بالعملين معاً ، يسدى خلفة ويستثمر مالا . فتقارب الأغراض العملية ما بين الوفاء مع الحلول وحوالة الحق ، في هذه الحالة ، يجعل النظامين يختلطان أحدهما بالآخر . ولعل الذي أبقى الوفاء مع الحلول إلى جانب حوالة الحق أن الوفاء مع الحلول قد يتم بغير لإرادة الدائن ، أما حوالة الحق فلا تتم إلا إذا كان الدائن راضياً بالحوالة . ومن ثم كان هناك محل للوفاء مع الحلول إلى جانب حوالة الحق في الحالات التي يتعذر فيها الحصول على رضاه الدائن بالنزول عن حقه ، بما يكفل هذا الحق من تأمينات (١) .

٤٠٧ - الفروع من حيث شروط الانقضاء والنفاد : رأينا أن

حوالة الحق تنعقد باتفاق بين الدائن المحيل والمحال له ، فلا بد إذن فيها من رضاه الدائن . أما الوفاء مع الحلول فهو أكثر تنوعاً ومرونة . فقد يتم برضاه الدائن إذا اتفق مع الموفى . ولكنه قد يتم أيضاً بغير رضاه الدائن ، ويمكن أن يتفق المدين والموفى على النحو الذي يسطناه فيما تقدم حتى يتم الحلول . بل هو قد يتم دون رضاه أى من الدائن والمدين ، فيتحقق بإرادة الموفى وحده في الحالات التي نص فيها على أن يكون الحلول بموجب القانون (٢) . ونرى من ذلك فائدة الوفاء مع الحلول إلى جانب حوالة الحق ، فحوالة الحق لا تنصب إلا في قالب واحد لا تستطيع منه فكاً ، أما الوفاء مع الحلول فقوابله كثيرة متعددة ، وهذا التنوع هو الذي يكسبه مرونة تجعل لوجوده معنى إلى جانب حوالة الحق . ثم إن نفاذ حوالة الحق في حق المدين وفي حق الغير لا يكون إلا برضاه المدين أو بإعلانه بالحوالة بالطرق المقررة التي سبق بيانها . أما الوفاء مع الحلول فهو نافذ في حق المدين وفي حق الغير دون أى إجراء (٣) . وترتب على ذلك أن

(١) انظر بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٢٠ - بلانويول وديير ودوان ٧ فقرة ١٢٤٥ .

(٢) فإذا كان الحق غير قابل للنزول عنه ولا الحيز عليه ، لم يستطع الدائن حوالته . ولكنه يستطيع استيفاءه من الغير ، وبمحل الغير عليه فيه (بونسار في أنسيكلوبيدي دالوز ه لفظ subrogation فقرة ٢٠٧) .

(٣) عل أن الخطة تقتضي أن يحظر الموفى المدين بأنه وفي الدين ، خشية أن يوفى المدين الدين للدائن قبل ملئه بالوفاء السابق ، فلا يستطيع الموفى في هذه الحالة إلا أن يرجع على الدائن (أوبري ورو ٤ فقرة ٣٢١ ص ٢٧٠ وهاش وقم ٢٢) .

الدائن إذا كان قد استوفى حقه من الغير عن طريق الوفاء مع الحلول ، ثم حول بعد ذلك الحق لمحال له وأعلن هذا الحوالة للمدين ، فإن الوفاء مع الحلول وقد سبق حوالة الحق يكون نافذاً - دون إعلان ودون أى إجراء آخر - فى حق كل من المدين والمحال له على السواء ، ولا يستطيع المحال له فى هذا الفرض أن يتمسك بالحوالة فى مواجهة الموفى مع الحلول . وهذا بخلاف ما إذا كان الدائن قد حول حقه أولاً بدلاً من استيفائه ولم يعلن المحال له بالحوالة ، ثم عمد الدائن إلى تحويل حقه مرة ثانية إلى محال له أعلن الحوالة للمدين ، ففى هذا الفرض يستطيع المحال له الثانى أن يتمسك بالحوالة التى أعلنها فى مواجهة المحال له الأول الذى لم يعلن حوالة (١).

٤٠٨ - الفروع مع هيبة الوكيل - الدعوى الشخصية : هناك فرق جوهرى ، يظهر بأدى ذى بده ، بين الموفى مع الحلول والمحال له . فالمحال له ليس له إلا دعوى واحدة ، هى دعوى الحق الذى انتقل إليه ، ولا يستطيع أن يرجع على المدين بغير هذه الدعوى . أما الموفى مع الحلول فله دعويان : دعوى الحق الذى انتقل إليه يطالب فيها بحق الدائن كما يطالب المحال له ، ثم الدعوى الشخصية الناشئة من واقعة الوفاء ومصلبرها الوكالة أو الفضالة أو الإثراء بلا سبب . فللموفى إذن دعويان ، دعوى الحلول والدعوى الشخصية ، ولكل من الدعويين ميزات على الدعوى الأخرى .

فمن ميزات دعوى الحلول على الدعوى الشخصية ، أن الموفى إذا رجع بدعوى الحلول ، كان له جميع تأمينات الحق الذى وفاء عبئة كانت أو شخصية ، وكان له أيضاً جميع مقومات هذا الحق وخصائصه فقد يكون حقاً تجارياً أو يكون مقترناً بسند تنفيذى ، وقد تقدم بيان ذلك .

ولكن الدعوى الشخصية قد تكون لها ، من جهة أخرى ، ميزات على دعوى الحلول . ونذكر من هذه الميزات ثلاثاً :

(١) بوعلى وبارد ٢ فقرة ١٥٢٠ ص ٦٢٤ - ٦٢٥ - بلانيول وريبير وودوان ٧ فقرة ١٢٤٦ ص ٦٥٦ .

أولاً — لما كان الموفى يرجع في الدعوى الشخصية على أساس الوكالة أو الفضالة في أغلب الأحوال ، فإنه يستحق الفوائد القانونية على جميع ما دفعه للدائن وفاء للدين وذلك بحكم القانون . أما في دعوى الحلول فإنه يرجع بحق الدائن ، فإذا لم يكن هذا الحق ينتج فوائد ، فإن الموفى لا يتقاضى أية فوائد من المدين .

ثانياً — إذا رجع الموفى بالدعوى الشخصية ، فإن مصدرها هو واقعة الوفاء كما قدمنا ، ويكون حقه قد نشأ منذ ذلك الوقت . فلا يتقدم — بخمس عشرة سنة في الوكالة وبثلاث سنوات في الفضالة وفي الإثراء بلا سبب — إلا بانقضاء هذه المدة وتسرى من وقت الوفاء . أما إذا رجع الموفى بدعوى الحلول ، فإنه يرجع بنفس الحق الذي انتقل إليه من الدائن ، وقد يكون تقدم هذا الحق سارياً منذ مدة طويلة ويوشك أن يتم ، فلا يكاد الموفى يهم برفع دعوى لحلول حتى يكون الحق قد انتضى بالتقدم .

ثالثاً — إذا كان الموفى قد وفى الحق وفاء جزئياً ، وأراد الرجوع بدعوى الحلول ، فقد رأينا أنه يتأخر عن الدائن حتى يستوفى الدائن من المدين الباقي من حقه . أما إذا رجع الموفى بالدعوى الشخصية ، فإنه يتعامل مع الدائن ولا يتقدم الدائن عليه ، ويتقاضى مال المدين قسمة الغرماء . وقد سبق بيان ذلك (١) .

٤٠٩ — الفروع من صيغ الاستثمار — دعوى الحلول : فإذا نحن تركنا

الدعوى الشخصية واقتصرننا على دعوى الحلول بالنسبة إلى كل من الموفى والمحال له ، فلا تزال هناك فروق هامة بين الاثنين ، ترجع في أساسها إلى أن الموفى صديق يسدى يلاً لا يقصد من ورائها كسباً ، أما المحال له فغضارب يبغي الكسب . ونذكر من هذه الفروق ما يأتي :

أولاً — يرجع الموفى على المدين بمقدار ما دفع من ماله وفاء للدين ، فلو أنه

(١) انظر آنفاً فقرة ٤٠١ — وانظر في كل ما تقدم يودى وبارد ٢ فقرة ١٥٢١ ص ٦٢٢ — ٦٢٣ — بلانيرك وريير ودوان ٧ فقرة ١٢٣٥ وفترة ١٢٤٢ .

دفع مبلغاً أقل من قيمة الدين فإنه لا يرجع على المدين إلا بهذا المبلغ الأقل ، وقد تقدم بيان ذلك . أما الحال له فلو اشترى الحق بأقل من قيمته — ويقع ذلك غالباً — فإنه يرجع على المدين بكل الحق ، إذ هو مضارب يبغي الكسب (١) .

ثانياً — إذا قام الموفى بوفاء الدين ، ثم أثبت للمدين أن الدين غير موجود ، كأن كان باطلاً أو كان قد انقضى ، فإن الموفى لا يرجع على الدائن بدعوى الضمان ، إذ أن الدائن لم ينقل حقاً ولكنه استوفاه ، فلا يجب عليه الضمان . وإنما يرجع الموفى في هذه الحالة على الدائن بدعوى استرداد غير المستحق ، فقد تبين أنه وفي حقاً غير موجود فله أن يسترده . أما إذا رجع الحال له على المدين بالحق الحال به وتبين أن الحق غير موجود ، فإن الحال له يرجع بالضمان على الدائن ليعوضه كل ما فقدته بسبب انعدام الحق (٢) .

ثالثاً — إذا قام الموفى بوفاء الدين وفاء جزئياً وأراد الرجوع بدعوى الحلول على المدين ، فقد رأينا أن الدائن يتقدم عليه فيستوفي الجزء الباقي من حقه أولاً ، ثم يأخذ الموفى ما بقي بعد ذلك وقد لا يكون كافياً للوفاء بما دفع . أما الحال له فإذا كان قد اشترى جزءاً من الحق وأراد الرجوع به على المدين ، فإن الدائن لا يتقدم عليه ، بل يتعادل معه ويتقاسمان مال المدين قسمة غرماء .

رابعاً — وقد رأينا أن الموفى إذا قام بوفاء جزء من الحق ، وقام شخص آخر بوفاء الباقي ، فإن الموفى الأول والموفى الثاني يتعادلان في رجوعهما على المدين ، ويتقاسمان ماله قسمة الغرماء (م ٢/٣٣٠ مدني) . أما إذا كان

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٨٦ — وهذا إلا إذا كانت الحوالة بمن متنازع فيه ، فيجوز للمدين في هذه الحالة أن يتخلص من مطالبة الحال له إذا ورد إليه ائتمن الحقيقي الذي دفعه مع المصروفات وفوائده ائتمن من وقت الدفع (م ١/٤٩٩ مدني) .

(٢) تنص دعوى الضمان يرد للدائن المحال له قيمة الحق كله مع الفوائد والمصروفات والتعويض من أي ضرر آخر أصاب الحال له ، أما في دعوى استرداد غير المستحق فلا يرد للدائن الموفى إلا ما قبضه منه وفاء الدين ولا يكون مستولاً من الفوائد إلا إذا كان سيئ النية وقت القبض (انظر بومدي وبازد ٢ ققرة ١٥٢٠ ص ٦٢٣ — ص ٦٢٤ — بلانيول وبيير وودوان ٧ ققرة ١٢٤٣) .

الدائن ، بعد أن استوفى من الموفى جزءاً من حقه ، حول الجزء الباقي إلى محال له ،
فإن هذا الجزء الباقي في انتقاله للمحال له يبقى محتفظاً بميزة التقدم ، فيقدم
المحال له على الموفى .

الفرع الثانى

الموفى له

(Accipiens)

٤١٠ - يتم الوفاء بانقضاء بين الموفى والموفى له أو بإرادة الموفى ومهره :
رأينا أن الوفاء هو في الأصل اتفاق على قضاء الدين بين الموفى والموفى له ،
ولكن قد يرفض الموفى له دون حق قبول الوفاء ، فيستطيع الموفى بإرادته وحده
أن يجبره على قبوله عن طريق العرض الحقيقي . وسواء كان الوفاء اتفاقاً
أو بإرادة الموفى المنفردة ، فهو تصرف قانونى (acte juridique) كما سبق
القول .

ونستعرض في مبحثين متعاقبين : (١) حالة ما إذا كان الوفاء باتفاق
بين الموفى والموفى له . (٢) حالة ما إذا كان الوفاء بإرادة الموفى المنفردة ، وهذا
هو العرض الحقيقي مع الإيداع (offre réelle et consignation)

المبحث الأول

الوفاء باتفاق بين الموفى والموفى له

٤١١ - الموفى له هو الرائى وقد يكونه غير الرائى : الموفى له يكون
عادة هو الدائن أو نائبه . وقد يكون غير الدائن في بعض حالات استثنائية .

المطلب الأول

للوفى له هو الدائن أو نائبه

٤١٢- النصوص القانونية: تنص المادة ٣٣٢ من التقنين المدني

على ما يأتي :

« يكون الوفاء للدائن أو لنائبه . ويعتبر ذا صفة في استيفاء الدين من يقدم للمدين مخالصة صادرة من الدائن ، إلا إذا كان متفقاً على أن الوفاء يكون للدائن شخصياً (١) » .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ١٦٧/٢٣٠ (٢) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٣٣٠ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٣١٩ - وفي التقنين المدني العراقي المادة ٣٨٣ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ١/٢٩٣ (٣) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٤٦٧ من المشروع التمهيلي مل وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما حذا أن نص المشروع التمهيلي كان في فقرتين . فأدمجتا لجنة المراجعة في فقرة واحدة تحت رقم ٣٤٤ من المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على النص ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٢٣٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٩٢ و ص ١٩٤) .

(٢) التقنين المدني السابق م ١٦٧/٢٣٠ : يجب أن يكون الوفاء للدائن أو لوكيله في ذلك أو لمن له الحق في الشيء المتشهد به . (ويتفق الحكم في التقنينين السابق والجديد — انظر في أن المقصود ، في رأى البعض ، بمباراة « أو لمن له الحق في الشيء المتشهد به » هو الدائن للظاهر : الموجز لمؤلف ص ٥٥٨ هامش رقم ٢) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٣٣٠ (مطابقة المادة ٣٣٢ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني الليبي م ٣١٩ (مطابقة المادة ٣٣٢ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٣٨٣ : ١ - يصح دفع الدين للدائن أو وكيله إن كان غير محجور ، فإن كان محجوراً فلا يصح دفع الدين إليه ، بل يقع لمن له حق قبضه من ولي أو وصي أو قيم . ٢ - فإن دفع المدين للدائن إلى الدائن المحجور ، فلا يعتبر دفعه ولا تبرأ ذمته من الدين . بل إذا حلك ما دفعه أو شاع من المحجور، فقلوب أو الوصي أو القيم مطالبة للدين بالدين . (وهذه =

ويخلص من هذا النص أن الأصل في الوفاء، حتى يكون مبرئاً للدين،
أن يكون للدائن أو لثأبه .

§ ١ - الوفاء للدائن

٤١٣ - الوفاء لمن يكونه دائناً وقت استيفاء المدين : الأصل أن
يكون الوفاء للدائن كما قدمنا ، لأنه هو الذي له حق استيفاء الدين وإبراء ذمة
المدين منه . وليس من الضروري أن يكون الدائن هو الذي كان دائناً وقت
نشوء الدين ، بل المهم أن يكون هو الدائن وقت استيفاء الدين . ذلك أن الدائن
قد يتغير في الفترة ما بين نشوء الدين واستيفائه ، كأن يموت الدائن الأصلي
فيكون الوفاء لورثته إذ هم الدائنون وقت الاستيفاء ، أو يحول الدائن الأصلي
حقه إلى محال له فيكون الوفاء لهذا الأخير إذ هو الدائن وقت الاستيفاء . فالوفاء
إذن يكون للدائن أو خلفه ، عاماً كان هذا الخلف كالورثة ، أو خاصاً
كالمحال له (١) .

٤١٤ - أهلية المدين لاستيفاء المدين : يجب ، حتى يكون الوفاء
للدائن صحيحاً مبرئاً للدين ، أن يكون الدائن أهلاً لاستيفاء الدين . فإذا كان
قاصراً أو مجبوراً ، لم يجز الوفاء إلا لثأبه ، أما الوفاء لشخصياً فلا يكون صحيحاً
كما قدمنا . ومع ذلك يتقلب هذا الوفاء صحيحاً إذا أصبح الدائن أهلاً للاستيفاء ،
بأن بلغ سن الرشد أو رفع عنه الحجر ، وأجاز الوفاء عند صيرورته أهلاً . وكذلك
إذا أصاب الدائن الذي لا يزال غير أهل للاستيفاء منفعة من الوفاء ، فإن الوفاء

١ - الأحكام تتفق مع أحكام التقنين المدني المصري : انظر الأستاذ حسن الفتون في أحكام الالتزام
في القانون المدني المراتق ٢٨٥ - ٢٨٦ - ٢٨٧ .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ١/٢٩٣ : يجب للتنفيذ بين يدى الدائن أو وكيله المااصل
على تفويض قانوني أو الشخص الذي ميتة لهذا الغرض . (وتتفق الأحكام في التقنين اللبناني
والمصري) .

(١) بودري وبارد ٢ بقرة ١٤٣٣ .

يكون صحيحاً بقدر هذه المنفعة . وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد يشتمل على نص فى هذا المعنى هو المادة ٤٦٨ من هذا المشروع ، وكان يجرى على الوجه الآتى : « إذا كان الدائن غير أهل لاستيفاء الدين ، فلا يصح الوفاء له ، إلا إذا أجاز هذا الوفاء بعد أن يصبح أهلاً لاستيفاء الدين . على أنه إذا أصاب الدائن منفعة من الوفاء ، كان هذا الوفاء صحيحاً بقدر هذه المنفعة . وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « يشترط لصحة الوفاء توافر أهلية الاستيفاء فى الدائن . فإذا لم تتوافر فى الدائن هذه الأهلية ، وقع الوفاء له قابلاً للبطلان ، وكان له وحده أن يتمسك بالبطلان . ولا تبرأ ذمة المدين فى هذه الحالة إلا فى حدود ما يعود على الدائن من منفعة من هذا الوفاء . على أن للدائن أن يجزى الوفاء فى هذه الحالة بعد أن يصبح أهلاً لاستيفاء الدين ، فيصح بهذه الإجازة » . وقد حذفت هذه المادة فى لجنة المراجعة « لأنها حكم تفصيلى يكفى فيه تطبيق القواعد العامة (١) » .

والمرنى هو المكلف بإثبات أن الوفاء عاد بمنفعة على الدائن غير الأهل للاستيفاء . ويستطيع أن يثبت ذلك بجميع الطرق ، لأن حصول المنفعة واقعة مادية . ويكفى فى ذلك أن يثبت أن الدائن قد أنفق ما أخذه فى الشؤون المعتادة ، كأن قام بإصلاحات ضرورية أو نافعة فى عقار يملكه . كما يكفى أن يثبت أن الدائن قد استغل ما أخذه استقلالاً نافعاً ، كأن اشترى عيناً ، فترأ ذمة المدين بقدر قيمة هذه العين إذا كانت هذه القيمة أقل مما استوفاه الدائن ، أو تبرأ ذمته من الدين كله إذا كانت قيمت العين مساوية للدين المستوفى أو أكثر . وليس من الضروري أن يبنى النفع الذى عاد على الدائن قائماً ، مادام النفع قد حصل فعلاً للدائن . فإذا هلكت العين التى اشتراها أو تهدمت الإصلاحات التى أجراها ، وكان ذلك لا يرجع إلى سوء تدبير منه ، فإن ذمة المدين تبرأ بقدر المنفعة بالرغم من زوالها بعد ذلك (٢) .

(١) أنظر فى كل ذلك مجموعة الأعمال التوضيحية ٣ من ١٩٢ — ص ١٩٢ فى المائتين .

(٢) تولى به ٧ فقرة ١٤ — ديمولوب ٢٧ فقرة ١٩٤ — فقرة ١٩٦ — لوران ١٧

فقرة ٤٤١ — بودوى وبارد ٢ فقرة ١٤٣٤ .

فاذا لم يعد الوفاء بنفع على الدائن ، بأن أضاع ما أخذ أو بدده أو صرفه في غير ما يفيد ، فان هذا الوفاء لا يبرىء ذمة المدين ، لأن الوفاء وقد حصل لتناقص الأهلية يكون قابلاً للإبطال . فاذا أبطل ، اعتبر الوفاء كأن لم يكن وبقي الدين في ذمة المدين ، وليس هناك نفع عاد من الوفاء على ناقص الأهلية حتى يرجع الموفى به عليه (١) .

وللموفى ، إذا لم يستطع إثبات أن الوفاء قد عاد بالنفع على الدائن ناقص الأهلية ، وكان الشيء الذي دفعه لا يزال قائماً في يد الدائن ، أن يطالب ولي الدائن بإجازة الوفاء أو برد ما دفعه للدائن (٢) .

§ ٢ — الوفاء لنائب الدائن

٤١٥ — الوفاء للولي أو الوصي أو القيم أو الوكيل عن الغائب :

فاذا كان الدائن قاصراً أو محجوراً ، فقد قلنا أن الوفاء له شخصياً لا يكون صحيحاً ولا يبرىء ذمة المدين . وإنما يكون الوفاء في هذه الحالة لنائب الدائن ، وهو هنا الولي أو الوصي للقاصر ، والقيم للمحجور عليه لجنون أو حته أو غفلة أو سفه ، والوكيل للغائب المفقود .

والوفاء لأي من هؤلاء يعتبر وفاء صحيحاً مبرئاً للذمة ، لأن ولايتهم على ناقص الأهلية تشمل فيما تشمل قبض الحقوق ، والتقبض يعتبر من أعمال الإدارة فليس في حاجة إلى إذن من المحكمة .

كلذك يجوز لأي من هؤلاء ، إذا لم يحصل الوفاء له مباشرة ، أن يجيز الوفاء الصادر من الموفى ، كما لو وفى المدين الدين لتناقص الأهلية نفسه ثم يجيز النائب الوفاء على النحو الذي يسطناه فيما تقدم .

(١) يوردى وبارد ٢ بقرة ١٤٣٤ ص ٥٢٩ .

(٢) ديملوبس ٢٧ بقرة ١٩٩ — يوردى وبارد ٢ بقرة ١٤٣٥ — عكس ذلك :

لوران ١٧ بقرة ٥٤٢ — هيك ٨ بقرة ٢٦ .

٤١٦ - الوفاء للسريك وللحامس الفضائي : والسنديك يعتبر نائباً عن المفلس ، فله الصفة في قبض حقوق المفلس في ذمة الغير .
وكذلك الحارس القضائي ، بما له من حق في إدارة الأموال الموضوعة تحت حراسته ، له صفة في قبض حقوق الموضوع تحت الحراسة في ذمة الغير .

٤١٧ - الوفاء للرئيس الرأى عند استعمال الدعوى غير المباشرة :
ويجوز للدائن الدائن أن يستعمل حقوق الدائن عن طريق الدعوى غير المباشرة ، ويكون في هذه الحالة نائباً عن الدائن نيابة قانونية (م ٢٣٦ مدني) ، ويحق له بحكم هذه النيابة أن يقبض ما للدائن في ذمة المدين . على أن ما يقبضه لا يختص به وحده ، بل يتقاسمه مع سائر دائني الدائن قسمة غرماء ، وفقاً لقواعد الدعوى غير المباشرة (١) .

٤١٨ - الوفاء للمحضر : والمحضر الموكول إليه تنفيذ حكم أو سند رسمي يعتبر نائباً عن الدائن في قبض الدين الذي يتلف به . فما دام قد وكل صراحة في مباشرة إجراءات التنفيذ للحصول على هذا الدين ، فقد وكل توكيلاً ضمناً في قبض هذا الدين نيابة عن الدائن ، فإن التنفيذ الجبري يقتضي قيام الصفة في قبض الدين (٢) .

٤١٩ - الوفاء لحساب جار باسم الدائن في مصرف : ويجوز للموئ أن يوفى الدين بدفعه لحساب الدائن في مصرف يكون له فيه حساب جار ، ويخطر بالإيداع ، على أن يتحمل الموئ تبعة الخطأ إذا هو أودع المبلغ خطأ في حساب جار لغير الدائن .

(١) وقد جاء في الموجز المؤلف : « وقد يطالب بالوفاء دائن الدائن ، إما باستعمال الدعوى غير المباشرة باسم الدائن ، أو بالمجيز تحت يد المدين ، والطريقة الأخيرة هي الأكثر وقوعاً في العمل » (الموجز فقرة ٥٣٧) .

(٢) أوبري وود في فقرة ٣١٧ ص ٢٢٦ - ص ٢٢٧ وهاشون رقم ٦ - كذلك تسليم المحضر سنداً إذنيّاً أو كميالة لعمل البروتستو يتضمن توكيلاً ضمناً للمحضر في قبض قيمة السند أو الكميالة من المدين (بودوي وبارد ٢ فقرة ١٤٣٩ مكررة أولاً) .

٤٢٠ - **الوفاء لوكيل الدائن** : ويجوز الوفاء لوكيل الدائن ، ويكون عادة وكيلًا في قبض الدين ، فيكون قبضه صحيحاً ومبرراً للتمتع للمدين . وقد تكون الوكالة عامة بالإدارة ، فتتضمن قبض الديون (١) . وقد تكون الوكالة خاصة ببيع أو إيجار ، فلا تتضمن حتماً وكالة بقبض الثمن أو بقبض الأجرة ، ولكنها تتضمن عادة ، وتبعاً للظروف ، وكالة في قبض المعجل من الثمن أو المعجل من الأجرة (٢) .

وعلى الموفى أن يثبت من صحة الوكالة ، فإذا دفع لغير وكيل ، أو لوكيل انتهت وكالته وكان ينبغي أن يعلم بانتهاء الوكالة (٣) ، فإن الوفاء لا يكون صحيحاً ولا يبريء ذمة المدين . وللموفى أن يطلب من وكيل الدائن أن يبرز السند الذي يثبت هذه الوكالة . وقد جاء في المادة ٣٣٢ مدني ، كما رأينا ، أنه « يعتبر ذا صفة في استيفاء الدين من يقدم للمدين مخالصة صادرة من الدائن ، إلا إذا كان متفقاً على أن الوفاء يكون للدائن شخصياً » . فوجود مخالصة بالدين صادرة من الدائن في يد وكيل الدائن قرينة على قيام الوكالة ، وذلك ما لم يكن متفقاً بين الدائن والمدين على أن الوفاء يكون للدائن شخصياً ، فللمدين في هذه الحالة ألا يبقى بالدين إلا للدائن ، ولكنه إذا وفى لمن بيده المخالصة كان الوفاء صحيحاً مبرراً للتمتع (٤) .

-
- (١) أوبري دور ٤ ، فقرة ٣١٧ ص ٢٢٦ — بلانيول وريبير وبولانجييه ٢ فقرة ١٥٥٠ وإذا كانت الوكالة بالقبض فضاء بيد الدائن ومصدقاً فيها على الامضاء ، كان الوفاء لهذا الوكيل مبرراً للتمتع للمدين ، ولا يمكن أن ينكر الدائن صحة صدور الوكالة منه دون أن يعلن فيها بالتزوير (استئناف غنت ٢٢ مايو سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٣٢٥) .
- (٢) ديرانتون ١٢ فقرة ٥١ — لاروميير ٤ م ١٢٢٩ فقرة ٧ — ديولومب ٢٧ فقرة ١٤٨ — فقرة ١٥٢ — بودري وبارد ٢ فقرة ١٤٤٢ .
- (٣) بودري وبارد ٢ فقرة ١٤٢٨ .

(٤) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي : « الأصل أن الدائن هو ذو الصفة في استيفاء الدين ، وله أن ينيب عنه وكيلًا في ذلك ، يمكن فيه التفويض بتوكيل عام . ويتعين على الوكيل في مثل هذه الحالة أن يقيم الدليل على صفته وفقاً للأحكام العامة في الوكالة . على أن للمشروع قد جعل من التضمين بمخالصة صادرة من الدائن قرينة كافية في ثبوت صفة استيفاء الدين لمن يحمل تلك المخالصة ، ما لم تنف دالة هذه القرينة بالاتفاق على -

هذا والدائن أن يعزل الوكيل بالقبض عن الوكالة بشرط أن يخطر المدين بذلك ، فلا يكون الوفاء للوكيل المعزول صحيحاً طبقاً للقواعد المقررة في الوكالة . ولكن يجوز أن تكون الوكالة بالقبض متفقاً عليها بين المدين والدائن في العقد المنشئ للمدين ، فلا يجوز عزل الوكيل في هذه الحالة إلا باتفاق جديد بين المدين والدائن ، ما لم يثبت الدائن ألا مصلحة للمدين في الوكالة فعند ذلك يجوز له عزله وحده وللزام المدين أن يوفى الدين له هو شخصياً أو لوكيل غير الوكيل الأول . وقد يكون الوكيل المعين بالاتفاق بين المدين والدائن له هو نفسه مصلحة في الوكالة ، كأن يكون دائناً للدائن ويرى من وراء قبض الدين أن يستوفى حقه ، فعند ذلك لا يجوز عزله ولو باتفاق بين المدين والدائن (١) .

المطلب الثاني

للوفى له غير الدائن

٤٢١ - النصوص القانونية : تنص المادة ٣٣٣ من التقنين المدني

على ما يأتي :

« إذا كان الوفاء لشخص غير الدائن أو نائبه ، فلا تبرأ ذمة المدين إلا إذا

سوجب الوفاء للدائن شخصياً . فإذا اتفق على ذلك ، كان للمدين أن يرفض الوفاء لمن يتقدم له بالمخالصة الصادرة من الدائن حتى يستوفى من ثبوت صفته في استيفاء الدين » (مجموعة الأعمال التفسيرية ٣ ص ١٩٣) .

وكثيراً ما يعطى المالك البواب مخالفات بالأجرة ، فيتقدم البواب بها إلى السكان ، وتكون له بذلك صفة في قبض الأجرة (الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ٢٤٥ ص ٢٣٤) . وقد قضت محكمة الأربكية بأن البواب الذي يعينه المالك ، ويكلفه بتحصيل الأجرة من السكان يعتبر خادماً عند المالك ، تبرأ ذمة السكان بدفع الأجرة له (٣ مايو سنة ١٩٢٣ المحاماة ؛ رقم ١٩٠ ص ٢٦٠) .

أنظر في التمييز بين الوكيل بالقبض وعامل التنفيذ (agent d'exécution) في باج ٣ فقرة ٤٢٤ ص ٤٠٣ — ص ٤٠٤ .

(١) أوبري ورو ، فقرة ٣١٧ ص ٢٢٨ — بودري وبارد ٢ فقرة ١٤٤٣ — دي باج

٣ فقرة ٤٢٧ .

أقر الدائن هذا الوفاء ، أو عادت عليه منفعة منه ويقدر هذه المنفعة ، أو تم الوفاء بحسن نية لشخص كان الدين في حيازته (١) .
ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، ولكن الحكم كان معمولاً به دون نص .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٣٣١ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٣٢٠ - وفي التقنين المدني العراقي المادة ٣٨٤ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٢/٢٩٣ (٢) .

ويخلص من هذا النص أن الوفاء لغير الدائن أو نائبه لا يكون صحيحاً ولا يبرئ ذمة المدين ، إلا أنه مع ذلك يكون صحيحاً استثناءً وبرئ ذمة المدين في أحوال ثلاثة ذكرها النص ، ونضيف إليها حالة رابعة وردت في تقنين المرافعات . وهذه الأحوال الأربع هي :

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٤٦٩ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٤٥ من المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٣٢٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٩٥ - ص ١٩٧) .
(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٣٣١ (مطابقة للمادة ٣٢٣ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني الليبي م ٣٢٠ (مطابقة للمادة ٣٢٣ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٣٨٤ : إذا كان الوفاء لشخص غير الدائن أو نائبه ، فلا تبرأ ذمة المدين إلا إذا أقر الدائن هذا الوفاء ، أو تم الوفاء بحسن نية لشخص كان الدين له ظاهراً كالوارث الظاهر . (والحكم يتفق مع حكم التقنين المصري . وقد أغفل التقنين العراقي ذكر صحة الوفاء إذا عادت منفعة على الدائن ويقدر هذه المنفعة ، لأنه لا يعرف بالصلالة ، ولكن يمكن تطبيق قواعد الإثراء بلا سبب في هذه الحالة ، وهي قواعد أقرها التقنين العراقي - قارن الأستاذ حسن الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ٢٨٨ وانظر فقرة ٢٨٩) .
تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٢/٢٩٣ : على أن التنفيذ لشخص غير ذى صلاحية لا يبرئ ذمة المدين إلا في الأحوال الآتية : أولاً - إذا وافق الدائن . ثانياً - إذا استفاد الدائن من التنفيذ غير الصحيح ، وتكون براءة المدينون بقدر استفادة الدائن . ثالثاً - إذا جرى الإيفاء بنية حسنة لشخص عد حائزاً صفة الدائن كالوارث الظاهري . (وتتفق هذه الأحكام مع أحكام التقنين المصري) .

(أولاً) إذا أقر الدائن الوفاء .

(ثانياً) إذا عادت على الدائن منفعة من الوفاء ، وبقدر هذه المنفعة .

(ثالثاً) إذا تم الوفاء للدائن الظاهر .

(رابعاً) إذا تم الوفاء لدائن الدائن الحاجز تحت يد المدين . وهنا لا يتقدم دائن الدائن بصفته نائباً عن الدائن كما يفعل في الدعوى غير المباشرة ، بل يباشر حقاً شخصياً له هو حق الحجز تحت يد الغير .

٤٢٢ - إقرار المدين للوفاء : قد يوفى المدين الدين لغير الدائن

أو نائبه ، كأن يوفيه لوكيل انتهت وكالته أو عزل عن الوكالة وكان ينبغي على المدين أن يعلم ذلك ، ففي هذه الحالة لا يكون الوفاء صحيحاً ولا يبرئ ذمة المدين ، كما سبق القول . ومع ذلك إذا أقر الدائن الوفاء ، فإن الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة ، ويصبح الوفاء صحيحاً مبرئاً لذمة المدين (١) .

وإقرار الدائن للوفاء في هذه الحالة له أثر رجعي ، فيعتبر الوفاء صحيحاً من وقت أن تم لا من وقت الإقرار فحسب . والمكلف باثبات صدور الإقرار من الدائن هو المدين أو الموفى ، فعليه أن يثبت أن الدائن قد أقر الوفاء وفقاً لقواعد الإثبات المقررة في التصرفات الصادرة من جانب واحد (٢) .

٤٢٣ - منفعة تعود على المدين من الوفاء : وقد يوفى المدين الدين

لغير الدائن ، ولا يقر الدائن هذا الوفاء . فعند ذلك ينظر إلى عمل الموفى له ، فإن توافرت فيه شروط القضاة ، بأن كان قد قبض الدين عن الدائن لإسداء

(١) استئناف مصر ٦ يناير سنة ١٩٤٧ المجموعة الرسمية ٤٨ رقم ٣١١ - ذلك أن الوفاء وهو تصرف قانوني ، قبل إقرار الدائن ، لا يسرى في حقه ، فهو موقوف حل الإجازة . وإذا أجزى سرى في حق الدائن ، وانقلب من قبض الدين وكيل بالإقرار . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع النهائي في هذا الصدد : « ويكون من أثر هذا الإقرار أن يتقلب الغير وكيل بمد أن بدأ فضولياً ، ويتمين عليه تفريماً لذلك أن يقدم حساباً للدائن » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٩٦) . قارن بودري وبارد ٢ فقرة ١٤٤٤ .

(٢) قارن بودري وبارد ٢ فقرة ١٤٤٤ .

خاتمة له عاجلة ، ثم أدى الدين له بعد ذلك ، فإن الوفاء يكون صحيحاً في هذه الحالة ، لأن القضولى يعتبر نائباً عن الدائن ، فالوفاء هنا يكون لنائب الدائن وهو صحيح كما تقدم القول .

ولكن قد لا تتوافر شروط الفضالة في عمل الموفى له ، بأن يكون قبض الدين ليس عملاً عاجلاً ، فعند ذلك لا يكون الوفاء صحيحاً ، إلا إذا عادت منفعة على الدائن من هذا الوفاء بقدر هذه المنفعة . ويمكن تصور منفعة تعود على الدائن من مثل هذا الوفاء إذا كان الموفى له أدى الدين فعلاً للدائن ، فيكون الدائن قد قبض حقه كاملاً ، ولا تعود له مصلحة من التمسك بإبطال الوفاء ، فينقلب الوفاء صحيحاً ويرى ذمة المدين . كذلك لو كان الموفى له دائناً للدائن وقد قبض الدين استيفاء لحقه في ذمة الدائن ، وكان هذا الحق واجب الوفاء فوراً ومقدماً على غيره من ديون الدائن ، أو أدى الموفى له بما استوفاه ديناً على الدائن تتوافر فيه هذه الشروط ، فهنا عادت منفعة على الدائن من الوفاء وذلك بسداد دين في ذمته واجب السداد فوراً ، فترا ذمة المدين بقدر هذه المنفعة . ذلك أن الدائن إذا رجع على المدين بالدين ، فإن المدين يرجع على الموفى له ، والموفى له يرجع على الدائن بقدر ما عاد عليه من المنفعة ، فلا محل لهذه السلسلة من الرجوع ، ويكون الوفاء في هذه الحالة صحيحاً مبرئاً للذمة المدير بقدر ما عاد على الدائن من المنفعة (١) .

٤٢٤ — الوفاء للرئيس الظاهر* : قد يوفى المدين الدين لدائن ظاهر

ليس هو الدائن الحقيقي ولا نائبه . والدائن الظاهر هو الذى لا يملك الدين حقيقة ، ولكن الدين يوجد في حيازته . ذلك أن الحيازة ، كما تشمل الأشياء المادية ، تشمل الحقوق المعنوية ، فتقع على الحقوق العينية غير حق الملكية ، وكذلك تقع على الديون .

(١) المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى ٣ ص ١٩٦ .

* مراجع : جونسكو (Jonesco) في الآثار القانونية للأوضاع الظاهرة رسالة من ستراسبورج سنة ١٩٢٧ - الدكتور عبد الباسط جيمى في نظرية الأوضاع الظاهرة رسالة من القاهرة سنة ١٩٥٦ (غير مطبوعة) .

ويمكن أن تتصور وجود الدائن الظاهر في فروض مختلفة . من ذلك أن يحول الدائن حقه ، ثم يتضح بعد ذلك أن الحوالة باطلة أو قابلة للأبطال أو الفسخ ، فتبطل أو تنسخ ، ويتبين بذلك أن المحال له لم يكن في يوم من الأيام مالكا للحق المحال به ولكنه مع ذلك كان يحوزه ، فهو دائن ظاهر (١) . كذلك إذا فرضنا أن الحوالة صورية واعتقد المدين أنها حوالة جدية ، فالحال له الصوري يعتبر هنا أيضا دائناً ظاهراً (٢) . ويكون دائناً ظاهراً الشخص الذي وصل إلى حيازته دون حق مستند لجامله ، فان مجرد حمل هذا السند يجعل الحامل يظهر بمظهر المالك له فهو دائن ظاهر (٣) . ويعتبر دائناً ظاهراً الوارث الظاهر

(١) ويكون المحال له في هذه الحالة دائناً ظاهراً حتى لو لم يكن قد قام بالإجراءات اللازمة لجعل الحوالة نافذة في حق المدين ، فإدام المدين وهو حسن النية قد وفاه الدين ، فإن الوفاء يكون صحيحاً ميرثاً للتمة ، حتى بعد إبطال الحوالة أو فسخها . ولكن إذا حول الدائن الحق حوالة ثانية وكانت الحوالة صحيحة ، وأعلن المحال له الثاني الحوالة للمدين ، فإن الوفاء الحاصل له الأول حتى لو كان سابقاً على إعلان لا يسرى في حق المحال له الثاني . ويستوى المحال له الثاني الدين من المدين ، ويرجع للمدين على المحال له الأول لاسترداد ما دفعه له دون حق (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤٤٧) . كذلك إذا قبض الدائن الدين من المدين ، بعد أن حوله وقبل أن يعلن المحال له الحوالة ، كان الوفاء هنا للدائن الحقيقي لا للدائن الظاهر ، ويرجع المحال له على الدائن بدعوى الضمان (دي باج ٣ فقرة ٤٣٢) .

(٢) أما إذا كانت الحوالة مزورة ، فحامل هذه الحوالة لا يعتبر دائناً ظاهراً . ذلك إنه بما يكون محل اعتبار في الدائن الظاهر أن يكون موقف الدائن الحقيقي متطوفاً على شيء من التخصير يؤدي إلى ترك الدائن الظاهر يستولى على حيازته . وهنا لا يمكن أن ينسب أى إهمال للدائن الحقيقي إذا زور شخص عليه حوالة مصطنعة (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤٤٧ مكررة - دي باج ٣ فقرة ٤٣٢) .

(٣) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤٤٦ ص ٤٠ - كذلك من أدرج اسمه من الدائنين في توزيع وأصبح في يده أمر صرف واجب التنفيذ ، ولم يكن دائناً حقيقياً ، يعتبر دائناً ظاهراً ، فإذا وفاه الراسي عليه المزداد كان الوفاء صحيحاً ميرثاً للتمة (يونسار في أنسيكلوبيدي دالوز ٣ لفظ paiement فقرة ٧٦) - وحامل الكبيالة ، إذا لم يكن هو الدائن الحقيقي ، يكون الدائن الظاهر . ومادام المدين لم يرتكب تقصيراً ووفاه قيمة الكبيالة بحسن نية ، فإن الوفاء يكون صحيحاً ميرثاً للتمة . وقد نصت المادة ١٤٤ من التفتين التجاري على أن « من يدفع قيمة الكبيالة في ميماد استحقاق دفعها ، بدون معارضة من أحد في ذلك ، يعتبر دفعه صحيحاً » (انظر المادة ١٤٥ من التفتين التجاري الفرنسي ، وانظر أوبري ورو ٤ فقرة ٣١٧ ص ٢٢٩ - ص ٢٣٠ - بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٤٨٨) .

فاذا آلت التركة إلى شخص ، ولم يكن هو الوارث الحقيقي بل كان هناك مثلاً وارث يحجبه ، فإن الوارث الظاهر يعتبر دائئاً ظاهراً بجميع ما للتركة من حقوق في ذمة الغير . وإذا أوصى شخص بدين له في ذمة آخر ، ووضع الموصى له يده على هذا الدين بعد موت الموصى ، ثم أبطلت الوصية لسبب ما ، فإن الموصى له يكون دائئاً ظاهراً بالدين الموصى به (١). وإذا دفعت الإدارة تعويضاً عن نزع الملكية إلى حائز العقار باعتبار أنه المالك ، ولم يكن في الحقيقة مالكا ، فقد أوفت بالدين إلى الدائن الظاهر (٢). وقد يعتبر المستحق في وقف دائئاً ظاهراً ، فإذا وزعت وزارة الأوقاف ريع وقف معين على المستحقين كل بحسب الحصة التي قررهما مفتيها دون أن يصلر أى اعتراض من أصحاب الشأن ، ثم تبين بعد ذلك بحكم شرعى نهائى أن حصة أحد المستحقين تزيد عما كان يتناوله ، لم يجز له أن يرجع على الوزارة بقيمة الفرق ، لأن هذه القيمة دفعت إلى مستحق آخر كان قبل الحكم الشرعى هو الدائن الظاهر (٣).

ونرى من ذلك أن الدائن الظاهر هو الشخص الذى لا يكون دائئاً حقيقياً ، ولكن الدين موجود في حيازته بحيث يقع في روع الناس أنه هو الدائن الحقيقي . فهذا المظهر ، وإن كان يتعارض مع الحقيقة ، قد اطمانت إليه الناس ، فوجبت حماية من يتعامل بحسن نية على مقتضاه حتى يستقر التعامل (٤) . وليس من الضروري أن يكون الدائن الظاهر هو نفسه حسن النية ، أى يعتقد أنه الدائن الحقيقي . وإذا كان يغلب فعلاً أن يكون حسن النية ، إلا أنه يبقى

(١) بودوى وبارد ٢ فقرة ١٤٤٨ - دى باج ٣ فقرة ٤٢٢ .

(٢) استئناف غنطظ ٢٢ يونيه سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٣٨٣ .

(٣) استئناف مصر ١١ مارس سنة ١٩٢٨ الحاماة ٨ رقم ٤٧٦ ص ٧٨١ - والثون ٢

ص ٤٦٣ - الموجز لمؤلف ص ٥٥٨ هامش ٢ .

(٤) ويقول الدكتور عبد القاسط جسمى : « إن مناط تحقق صفة الدائن الظاهر ينحصر في قيام مظهر له من الجسامة ما يكفي لتكوين الاحتقاد لدى المدين اليقظ بأن صاحب ذلك المظهر هو الدائن الحقيقي ، أو بمباراة أخرى في انتفاء الخطأ عن المدين اليقظ في اعتقاده هذا ، لوجود ظروف يتولد من اجتماعها ذلك المظهر الجسيم » (نظرية الأوضاع الظاهرة ص ٣٠٢ وانظر أيضاً ص ٢٩٥) - ولذلك يبقى صحة الوفاء للدائن الظاهر على نظرية المظهر أو الأوضاع الظاهرة (ص ٣٠٧ - ٣٠٨) .

دائماً ظاهراً حتى لو أصبح سيء النية بعد أن كشف حقيقة أمره، بل حتى لو كان سيء النية منذ البداية أى منذ وضع يده على الدين . ذلك أن القانون لا يحصى الدائن الظاهر نفسه ، بل هو يحصى الذين تعاملوا معه ما داموا هم حسنى النية (١) .

ويتبين مما تقدم أن الوفاء للدائن الظاهر ، حتى يكون صحيحاً ، يجب أن يقتصر بحسن نية الموفى (٢) . قرن وفى الدين ، سواء كان المدين أو الغير (٣) ، للدائن ظاهر ، واعتقد بحسن نية أنه هو الدائن الحقيقى وقد وفاه الدين على هذا الاعتبار ، برئت ذمته بهذا الوفاء (٤) . ويرجع الدائن الحقيقى على الدائن الظاهر بما استوفاه هذا من الدين دون حتى طبقاً لقواعد الإثراء بلا سبب (٥) ، بل يستطيع الدائن الحقيقى أن يرجع بتعويض على الدائن الظاهر إذا كان هذا سيء النية وقت استيفاء الدين (٦) .

- (١) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤٤٩ - دى باج ٣ فقرة ٤٢٢ ص ٤١٤ - ص ٤١٥ .
- (٢) وإذا كان الموفى هو نائب المدين ، وجب توافر حسن النية في كل من المدين ونائبه (الذكور عبد الباسط جسمى في نظرية الأوصاف للظاهرة ص ٢٨٩) . وحسن نية الموفى وكون الدين في حيازة الدائن الظاهر من المسائل الموضوعية ، بيت فيها قاضى الموضوع دون تعقيب عليه من محكمة النقض (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٤٦) .
- (٣) وسواء كان الغير ملتزماً بالدين أو غير ملتزم به ، وسواء كان الوفاء بسيطاً أو كان وفاء مع الحلول (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤٥٢) .
- (٤) نقض مدنى ٥ مارس سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٩٢ ص ٥٩٦ - استئناف مخطوط ٣٠ نوفمبر سنة ١٩١١ م ٢٤ ص ٢٣ - ١٥ مايو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٨١ .
- (٥) قارن الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ١٣ .
- (٦) للمذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٩٦ - الأستاذ إسماعيل خاتم في أحكام الالتزام فقرة ٢٤٦ ص ٣٣٥ - هذا وقد قضت محكمة النقض بأن من صدر عليه حكم نهائى بدين غير عقار إلى شخص معين ، وأقر بهذا التمن بعد صدور الحكم بالسكوت له ، فقد برئت ذمته ، لأنه لا يستطيع عدم الوفاء لهذا الشخص للمعين بعد صدور هذا الحكم . ولا يمكن الإدعاء بطلان هذا الوفاء لانتهاء حسن نية فيه بطله وجود منازع آخر ينازع في هذا العقار ويهدى ملكه لنفسه ، خصوصاً إذا كان هذا المنازع قد حاول الدخول في الدعوى لنتته المحكمة بناء على طلب من صدر له الحكم التهاوى (نقض مدنى ١٤ يونيو سنة ١٩٣٤ مجموعة ص ١ رقم ١٩٧ ص ٤٣٨) . وقضت محكمة استئناف أسيوط بأن قيام المستأجر بالوفاء إلى من صدر الحكم الاستثنائى لصالحهم صحيح رغم اعتصامه في الطعن بالنقض، لأن هذا الطعن لا يوقف به

والذى يكون صحيحاً مبرئاً للذمة هو الوفاء للدائن الظاهر ، للاعتبارات العملية التى تقدم ذكرها . أما غير الوفاء من أسباب انقضاء الالتزام فلا يكون صحيحاً إذا صدر من الدائن الظاهر . ومن ثم إذا أبرأ الدائن الظاهر المدين من الدين ، أو اتفق معه على تجديده ، فإن كلا من الإبراء والتجديد لا يكون صحيحاً ، ولا يسرى فى حق الدائن الحقيقى (١) .

٤٢٥ - الوفاء لرئيس المائت الحاجز تحت يد المدين : لا يعنىنا من موضوع حجز ما للمدين لدى الغير - وهو من مباحث المرافعات - إلا القدر الذى ينبى به متى يكون الوفاء للدائن الدائن الحاجز تحت يد المدين وفاء صحيحاً مبرئاً للذمة . ذلك أنه يجوز للدائن الدائن أن يحجز تحت يد المدين ، فيمنع المدين بذلك من أن يوفى الدين للدائن ، بل ويجبره بعد إجراءات معينة على أن يوفى الدين له هو ويكون هذا الوفاء صحيحاً مبرئاً للذمة المدين .

فيجوز إذن للدائن الدائن بدين محقق الوجود حال الأداء أن يحجز تحت يد مدين الدائن ، سواء كان بيد دائن الدائن سند تنفيلى أو لم يكن بيده هذا السند . فإذا لم يكن بيده سند تنفيلى ، أو كان دينه غير معين المقدار ، وجب أن يحصل على أمر بالحجز من قاضى الأمور الوقتية بالمحكمة التابع لها الدائن المحجوز عليه ، ويقتلر أمر الحجز دين الحاجز تقديراً مؤقتاً (أنظر المادتين ٥٤٣ و ٥٤٥ من تفتين المرافعات) .

ومنذ يوقع الحجز تحت يد مدين الدائن على النحو المتقدم الذكر ، لا يستطيع هذا المدين أن يوفى الدين للدائن أو نائبه (٢) ، ولكنه يستطيع الوفاء بالإيداع

- نفاذ الحكم الاستثنائى (استئناف أسبوط ١٣ مايو سنة ١٩٤٨ المجموعة الرسمية ٤٩ رقم ٢٣٦) - وقد يكون للمالك انظار دائناً ظاهراً بحكم ملكيته الظاهرة ، كالمائر لعين المؤجرة يقبض أجرهما ، ولا يشترط فى هذه الحالة أن تكون الحيازة مستوفية للشروط اللازمة للتقدم (بلانبول وريير وردوان ٧ فقرة ١١٥٦ ص ٥٥٧ - ص ٥٥٨ .

(١) هيك ٨ فقرة ٢٥ - يودى وبارد ٢ فقرة ١٤٥٠ - عكس ذلك بالنسبة إلى التجديد :

ديمولوب ٢٨ فقرة ١٨٨ .

(٢) وإذا وفى الدائن أو نائبه ، كان الوفاء باطلا ، ولم تبرأ ذمته من الدين . ويكون الدائن الحاجز أن يستوفى الدين مرة أخرى من المدين ، وتبقى الضمانات التى تكفل الدين من رهن أو امتياز أو غير ذلك (يودى وبارد ٢ فقرة ١٤٥٣ ص ٥٤٥) .

في خزانة المحكمة التي يتبعها (١) (م ٢/٥٥٥ مرافعات) .

فإذا لم يودع المدين المحجوز لديه ما في ذمته في خزانة المحكمة ، وجب عليه خلال خمسة عشر يوماً من إعلانه بالحجز التقرير بما في ذمته للدائن في قلم كتاب المحكمة التي يتبعها (٢) (م ٥٤٨ مرافعات) .

وفي الأحوال التي يكون فيها الحجز بأمر من قاضي الأمور الوقفية - أي إذا لم يكن بيد الحاجز سند تنفيذي أو كان حقه غير معين المقدار - يجب أن تشتمل ورقة إبلاغ الحجز أو إعلانه إلى المحجوز عليه على تكليفه الحضور أمام المحكمة التي يتبعها لسماع الحكم عليه بثبوت الدين المحجوز من أجله وصحة إجراءات الحجز ، وإلا اعتبر الحجز كأن لم يكن (م ١/٥٥٣ مرافعات) .

ومتى كان لدى دائن الدائن سند تنفيذي ، أو حصل على هذا السند عقب الحكم بصحة الحجز ، فإن المدين المحجوز لديه يجب عليه أن يوفى الدين ، لا إلى دائنه المحجوز عليه ، بل إلى دائن الدائن المحجوز (٣) . وتنص المادة ٥٦٧ مرافعات في هذا الصدد على ما يأتي : « يجب على المحجوز لديه بعد خمسة عشر يوماً من تاريخ تقريره أن يدفع إلى الحاجز المبلغ الذي أقر به أو ما ينبت منه بحق الحاجز ، وذلك متى كان حقه وقت الدفع ثابتاً بسند تنفيذي وكانت الإجراءات

(١) وقد مكن المدين من الوفاء بطريق الإيداع ، في خزانة المحكمة ، لاحتمال أن تكون له مصلحة في ذلك ، بأن يكون الدين قد حل ويؤدى الوفاء به حتى يتخلص من الفوائد ، وهو لا يستطيع الوفاء به للدائن بسبب الحجز ، ولا للدائن الدائن لأن إجراءات التقرير بما في الذمة لم تسرف ولا احتمال ألا يكون دائن الدائن قد حصل بعد على سند تنفيذي بحقه (انظر بلايول وريير وردوان ٧ فقرة ١٢١٥ ص ٦٢٠ - ص ٦٢١) .

(٢) ويذكر في التقرير مقدار الدين الذي في ذمته للدائن المحجوز عليه وسببه وأسباب انقضائه إن كان قد انقضى ، ويبين جميع المحجوز الموقفة تحت يده ، ويودع الأوراق المؤيدة لتقريره أو صوراً منها مصدقاً عليها (م ١/٥٦١ مرافعات) . هذا والحجز تحت يد مدين الدائن يتناول كل دين ينشأ للدائن المحجوز عليه في ذمة المدين المحجوز لديه إلى وقت التقرير بما في ذمته ، ما لم يكن الجبز موقفاً على دين يمتد فقط (م ٥٦٣ مرافعات) .

(٣) فإذا دفع إلى دائنه ، لم يستطع أن يسترد منه ما دفعه بدموى استرداد غير المستحق ، لأن دائنه لا يزال دائناً بالرغم من الحجز ، وقد قبض المستحق . ولكن عندما يجبر المدين على الدفع ثانية إلى دائن الدائن ، فإنه يكون قد أبرأ بهذا الدفع ذمته دائن دائنه ، فيستطيع عندئذ أن يرجع على دائنه بدموى الإثراء بلا سبب (دى بلج ٣ فقرة ٤٤٣) .

المنصوص عليها في المادة ٤٧٤ قد روعيت . فاذا وقع حجز جديد بعد انقضاء الميعاد المذكور ، فلا يكون له أثر إلا فيما زاد على دين الحاجز الأول . وإذا تعدد الحاجزون مع عدم كفاية المبلغ لوفاء حقوقهم جميعاً ، وجب على المحجوز لديه إيداعه خزانة المحكمة لتقسيمه .

على أن الدائن يستطيع ، دون أن ينتظر الانتهاء من إجراءات الحجز الطويلة ، إذا كان الحق الذي له في ذمة مدينه أكبر من الحق الذي في ذمته لدائته الحاجز ، أن يخصص للذمة الدائن الحاجز مبلغاً مساوياً لحقه ، فيتمكن بذلك أن يستوفي الباقي من مدينه . وقد رسم تقنين المرافعات طريقين لذلك . ففص في المادة ٥٥٩ على أنه « إذا أودع في خزانة المحكمة مبلغ مساو للدين المحجوز من أجله وخصص للوفاء بمطلوب الحاجز عند الإقرار له به أو الحكم له بثبوته ، زال قيد الحجز عن المحجوز لديه . وإذا وقعت حجوز جديدة على المبلغ المودع ، فلا يكون لها أثر في حق الحاجز » . ثم نص في المادة ٥٦٠ على أنه « يجوز للمحجوز عليه أيضاً أن يطلب من قاضي الأمور المستعجلة ، في أية حالة تكون عليها الإجراءات ، تقرير مبلغ يودعه خزانة المحكمة على ذمة الوفاء للحاجز . وينتهي أثر الحجز بالنسبة إلى المحجوز لديه من وقت تنفيذ هذا الحكم بالإيداع ، ويصبح المبلغ المودع مخصصاً للوفاء بمطلوب الحاجز عند الإقرار له به أو الحكم له بثبوته » . والنص الأخير مستحدث في تقنين المرافعات الجديد ، وقد أخذ عن تشريع فرنسي في هذا المعنى صادر في ١٧ من يولييه سنة ١٩٠٧ معدلاً للمادة ٥٦٧ من تقنين المرافعات الفرنسي . وهو يعالج حالة ما إذا امتنع المدين المحجوز لديه عن إيداع مبلغ مساو للدين المحجوز من أجله في خزانة المحكمة وفقاً للمادة ٥٥٩ مرافعات ، معطلاً بذلك حق الدائن المحجوز عليه من استيفاء الباقي له في ذمة مدينه بعد استئصال الدين المحجوز من أجله ، فيتمكن الدائن المحجوز عليه من إجبار مدينه على هذا الإيداع من طريق الالتجاء إلى قاضي الأمور المستعجلة (١) .

(١) أما إذا لم يودع خزانة المحكمة مبلغ مساو للدين المحجوز من أجله ، من أحد الطريقين المتقدم ذكرهما ، فإن جميع الدين المحجوز عليه تحت يد المدين يبقى معطلاً لا يستطيع الدائن المحجوز عليه أن يستوفي منه شيئاً ، مهما كانت قيمته أكبر من قيمة الدين المحجوز من أجله . -

فاذا لم يخصص مبلغ مساو للدين المحجوز من أجله للوفاء المطلوب الدائن الحاجز ، بقي كل الدين محجوزاً تحت يد المدين المحجوز لديه . والذين يفيدون من هذا الحجز هم دائنو الدائن الذين وقعوا الحجز تحت يد مدين الدائن . فاذا تصرف الدائن فيما بقي من حقه بعد استئصال المطلوب هؤلاء ، فقد تصرفه في حق دائنيه الآخرين إذا جاء حجزهم لاحقاً لتنفيذ هذا التصرف (١) . أما الدائنون المحجزون قبل نفاذ التصرف فيتبادلون فيما بينهم ، ولا يتقدم واحد منهم على الآخرين حتى لو كان حجزه هو المتقدم (٢) .

والحكم بصحة الحجز هو وحده الذي يخصص للحاجز حقه ، ويقدمه على سائر الحاجزين الذين لم يوقعوا حجوزهم إلا بعد إعلان الحكم بصحة الحجز إلى المدين (٣) .

المبحث الثاني

الوفاء بأرادة المولى وحده

(العرض الحقيقي والإيداع)

٤٣٦ - متى يجوز للمدين العرض الحقيقي والإيداع - النص صريح

الفانوية : تنص المادة ٣٣٤ من التقنين المدني على ما يأتي :

« إذا رفض الدائن دون مبرر قبول الوفاء المعروض عليه عرضاً صحيحاً ،

— ذلك أن مجرد الحجز على الدين تحت يد المدين لا ينتقل الدين إلى دائن الدائن الحاجز ، بل لا يصل لهذا الدائن أي امتياز عليه ، فيستطيع سائر دائني الدائن المحجوز عليه أن يشاركوه شركة الغرماء . فإلا لم يخص جزء من الدين المحجوز عليه لوفاء المطلوب دائن الدائن الحاجز ، وجب أن يبقى كل الدين للوفاء المطلوبه وبمطلوب من يشاركه من الدائنين الآخرين (بودرى وبارد ٢ بقرة ١٤٥٥ - بلانيول وريبير وودوان ٧ بقرة ١٢١٦) .

(١) بلانيول وريبير وودوان ٧ بقرة ١٢١٦ ص ٦٢٢ - ص ٦٢٣ .

(٢) بلانيول وريبير وودوان ٧ بقرة ١٢١٧ .

(٣) بلانيول وريبير وودوان ٧ بقرة ١٢١٨ .

أو رفض القيام بالأعمال التي لا يتم الوفاء بدونها ، أو أعلن أنه لن يقبل الوفاء ، اعتبر أنه قد تم إعداده من الوقت الذي يسجل المدين عليه هذا الرفض باعلان رسمي .

وتنص المادة ٣٣٨ على ما يأتي :

« يكون الإبداع أو ما يقوم مقامه من إجراء جائزاً أيضاً إذا كان المدين مجهول شخصية الدائن أو موطنه ، أو كان الدائن عديم الأهلية أو ناقصها ولم يكن له نائب يقبل عنه الوفاء ، أو كان الدين متنازعا عليه بين عدة أشخاص ، أو كانت هناك أسباب جدية أخرى تبرر هذا الإجراء » (١).

ولا مقابل لهذه النصوص في التقنين المدني السابق ، ولكن هذه الأحكام كان معمولاً بها دون نص .

وتقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادتين ٣٣٢ و ٣٣٦ - وفي التقنين المدني الليبي المادتين ٣٢١ و ٣٢٥ - وفي التقنين المدني العراقي المادتين ٣٨٥ و ٣٨٨ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ١/٢٩٤ (٢).

(١) تاريخ النصوص :

م ٣٣٤ : ورد هذا النص في المادة ٤٧٠ من المشروع التمهيلي حل وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد، فيما عدا أن المشروع التمهيلي كان يقتصر في تسجيل رفض الدائن حل الكتابة دون ضرورة لإعلان رسمي . وفي لجنة المراجعة أقر نص المشروع التمهيلي تحت رقم ٣٤٦ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب . وفي لجنة مجلس الشيوخ استبدلت عبارة « بإعلان رسمي » بكلمة « بالكتابة » سيما المنازعات ، وأصبحت المادة رقها ٣٣٤ ، ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ١٩٧ - ص ١٩٩).

م ٣٣٨ : ورد هذا النص في المادة ٤٧٤ من المشروع التمهيلي حل وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٥٠ في المشروع النهائي . م وافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٣٣٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٢٠٥ - ص ٢٠٦) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٣٣٢ و ٣٣٦ (مطابقتان للمادتين ٣٣٤ و ٣٣٨ من التقنين المدني المصري) .

ويختص من هذه النصوص أن المدين الوفاء بإرادته المنفردة عن طريق عرض الدين عرضاً حقيقياً على الدائن ثم إيداعه بعد ذلك ، أو عن طريق إيداعه مباشرة دون عرض ، في الحالتين الآتيتين : (١) إذا رفض الدائن دون مبرر قبول الوفاء أو قام بعمل يعمل هذا الرفض ، وهنا يجب العرض أولاً فإذا رفضه الدائن وجب الإيداع . (٢) إذا تعلل على المدين الوفاء للدائن لسبب جلي ، وهنا لا محل للعرض الحقيقي بل يتم الإيداع مباشرة دون عرض .

٤٢٧ - رفض المائ قبول الوفاء : يجحد المدين نفسه مضطراً إلى الوفاء بدينه بإرادته المنفردة ، وذلك باتخاذ إجراءات العرض والإيداع ، إذا هو اصطدم برفض الدائن لاستيفاء دينه دون مبرر ، أو إذا قام الدائن بعمل مماثل لهذا الرفض .

والدائن برفض استيفاء الدين إذا هو اعتقد أن المدين لا يوفيه له كاملاً أو لا يوفيه له وفاء صحيحاً أو نحو ذلك ويعتقد المدين أنه يقوم بوفاء صحيح ، فأمام هذا الخلاف لا يجحد المدين بدءاً من عرض الدين وإيداعه . وقد يكون الدائن

== التقنين المدني الليبي م ٢٢١ و ٢٢٥ (مطابقتان للمادتين ٢٣٤ و ٢٢٨ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٣٨٥ : ١ - إذا رفض الدائن دون مبرر قبول الوفاء المعروض عليه عرضاً صحيحاً ، أو رفض القيام بالأعمال التي لا يتم الوفاء بدونها ، أو إذا أعلن أنه لن يقبل الوفاء ، فيجوز للمدين أن ينذر الدائن بوجوب استيفاء حقه في مدة مناسبة يحددها الإحذار . ٢ - ولا يتم إظهار الدائن إلا إذا أودع المدين الشيء على ذمة الدائن بعد انقضاء هذه المدة وأنذره بهذا الإيداع . (ويختلف هذا النص في الحكم عن نص التقنين المصري في أن إظهاره الدائن وما يقترب عليه من النتائج لا يتم في التقنين العراقي إلا بعد الإيداع ، أما في التقنين المصري فيتم بمجرد تسجيل رفض الدائن قبول الوفاء بإعلان رسمي ولو قبل العرض الحقيقي والإيداع : انظر الأستاذ حسن الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي مقرة ٣٠٣ - قرر ٢٠٦) .

٣٨٦ (مطابقة لمادة ٣٣٨ من التقنين المدني المصري) .
تقنين الموجبات والقيود البنائي م ١/٢٩٤ : إن الدائن الذي يرفض لنير سبب مشروع : الإيفاء المعروض عليه بشروط مطابقة على الأصول يمه من جراء ذلك في حالة التأخر منه تحقيق رفضه بصك رسمي . (وهذا النص يتفق في الحكم مع نص المادة ٢٣٤ من التقنين المدني المصري) .

متعنتاً في رفضه لاستيفاء الدين ، فهذا أيضاً ، ومن باب أولى ، يحق للمدين أن يعرض الدين ويودعه (١) .

وعماثل رفض الدائن لاستيفاء الدين أن يقتضى الوفاء تلخلل الدائن فيمتنع عن ذلك ، كما لو كان الدين واجب الوفاء في موطن المدين وأبى الدائن أن يسعى إليه في هذا الموطن .

وقد يسبق الدائن الحوادث فيعلن ، قبل أن يعرض المدين الوفاء ، أنه لن يقبله إذا عرض عليه ، فعندئذ يحق للمدين أن يعرض الدين عرضاً حقيقياً ثم يودعه (٢) .

٤٢٨ — تعذر الوفاء للمدعى : وقد يجد المدين نفسه في حالة يتعذر معها أن يوفى دينه للدائن مباشرة ، ويتحقق ذلك في القروض الآتية :

أولاً — إذا كان المدين يجهل شخصية الدائن أو موطنه . مثل ذلك أن يكون الدائن الأصلي قد مات عن وريثة انتقل إليهم الدين ، ولكن المدين يجهل من هم هؤلاء الورثة أو أين موطنهم ، وقد حل الدين ويريد المدين أن يتخلص منه بالوفاء ، فلا يعرف لمن يوفيه . عند ذلك لا يسعه إلا أن يودع الدين على ذمة صاحبه ، دون عرض حقيقى أو إحدار ، إذ يجهل من هو الدائن الذى يعرض عليه الدين أو أين هو (٣) .

(١) ويحظر تمتعاً من الدائن أن يرفض الوفاء لتأخر المدين قليلا عن دفع ثمن الأرض التي اشتراها ، أملا في فسح البيع بعد أن ارتفعت قيمة الأرض (استئناف مخطط ٩ نوفمبر سنة ١٩٢٠ م ٢٣ ص ٨) .

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « ويسجل الإحدار على الدائن رفض الوفاء المعروف عليه عرضاً صحيحاً دون مبرر ، أو امتناعه عن القيام بالأعمال التي لا يتم الوفاء بدونها كاستئجار المشتري من التصديق على أمثاله لإجراء تسجيل عقد البيع ، أو تصريحه بأنه لا يقبل الوفاء » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٠٠) .

(٣) استئناف مخطط ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٥٩ — وقد يعرف المدين وريثة الدائن ، ولكن هؤلاء الورثة لا يتفقون جميعاً على شطب الرهن (استئناف مخطط ٣١ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٩٥) .

ثانياً — إذا كان الدائن عديم الأهلية أو ناقصها ، ولم يكن له نائب يقبل عنه الوفاء . وقد يكون الدائن عديم الأهلية أو ناقصها منذ نشوء الدين ويقتضى على هذا الوضع إلى أن يحل ، فلا يجد المدين بداً من إيداع الدين على ذمة هذا الدائن دون أن يعرضه عليه عرضاً حقيقياً ، إذ ليست للدائن أهلية الاستيفاء . وقد يجد المدين نفسه ، بعد أن كان دائنه كامل الأهلية ثم مات عن وارث قاصر ، أمام هذا الوارث وليس له نائب يقبل عنه الوفاء ، فيضطر أيضاً في هذه الحالة إلى إيداع الدين على ذمته .

ثالثاً — إذا كان الدين متنازحاً عليه بين عدة أشخاص . وهنا أيضاً لا يجد المدين من المحكمة أن يحمل التبعة في حسم هذا النزاع فيوفي الدين لمن يعتقد أنه على حق من المتنازعين ، وإلا كان مستولاً عما قد يقع فيه من الخطأ . فلا يجد بداً من إيداع الدين على ذمة أى من المتنازعين يكون هو الدائن الحقيقي ، دون أن يسبق هذا الإيداع عرض للدين . ومثل التنازع على الدين أن يستوفى الدائن حقه من الغير فيحل الغير محله فيه ، وبحول في الوقت ذاته هذا الحق لمحال له يعلن الحوالة للمدين ، فيتنازع الدين للموفا والمحال له كل منهما يدعى أنه الأوفا بالدين (١) . ومثل ذلك أيضاً أن يموت الدائن ، فيتنازع الدين الوارث وموصى له بالدين إذ يعطى الوارث في الوصية بالبطلان .

رابعاً — إذا كانت هناك أسباب جدية تبرر هذا الإجراء . ففي قام سبب جدى يمنع المدين من عرض الدين على الدائن وهو مع ذلك يريد الوفاء به ، فليس أمامه إلا أن يودعه على ذمة الدائن . مثل ذلك أن يريد المشتري الوفاء بالثمن للبائع ، ولكن البائع يمتنع عن القيام بما يجب للتصديق على إمضائه في عقد البيع ، فلا يجد المشتري بداً من إيداع الثمن على ذمة البائع بشرط ألا يقبضه إلا بعد التصديق على الإمضاء ، ثم يعمد بعد ذلك إلى رفع دعوى بثبوت البيع . ومثل ذلك أيضاً أن يريد للمدين الوفاء بدين لغير الدائن حق فيه ،

(١) أما إذا كان كل من المتنازعين في الدين محالاً له ، وسبق أحدهما الآخر في إعلان الحوالة للمدين ، فالأولى منهما بداة هو من سبق إلى هذا الإعلان ، ولا يحق للمدين في هذه الحالة أن يمتنع من الوفاء له بالدين مكتفياً بالإيداع ، إذ النزاع هنا غيرى جدى لوضوح حق السابق .

ولا يستطيع المدين أن يحصل على مخالصة من هذا الغير ، فلا يسه في هذه الحالة إلا أن يودع الدين (١) .

وفي هذه الفروض المتقدمة التي يتعلم فيها على المدين الوفاء للدائن ، ليس على المدين إلا أن يودع الدين ، دون حاجة إلى عرض حقيقي كما قدمنا ، فتبرأ ذمته من الدين (٢) .

وإذ فرغنا من بيان الأحوال التي يجوز فيها للمدين إيداع الدين بعد عرض حقيقي أو دون عرض ، يبقى أن نبحث مسألتين : (١) إجراءات العرض الحقيقي والإيداع (٢) ما يترتب على القيام بهذه الإجراءات من الآثار (٣) .

(١) استئناف مخطط ٣ يولييه سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٣٨ - وأنظر في هذه الفروض الأربعة المذكورة الإيضاحية للشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٠٥ .
(٢) أما في الفروض التي يرفض فيها الدين استيفاء الدين أو التي يقوم فيها بعمل مائل ، فلا بد أن يسبق الإيداع عرض حقيقي للدين كما قدمنا . وقد قضت محكمة النقض بأن مجرد إرسال خطاب موسى عليه من المدين للدائن يقول عنه المدين أنه كان به حوالة يريد بمبلغ الدين ، ويقول الدائن إنه حين لم يقبل تسلمه لم يكن يعلم بما احتواه - ذلك ، حتى مع صحة قول المدين ، لا يتجر طريق وفاة قانونية ، وخصوصاً إذا لم يثبت أن الدائن كان يعلم باحتواء الخطاب لهذا المبلغ . ولقد كان من الواجب على المدين لكي تبرأ ذمته أن يعرض الدين عرضاً حقيقياً (نقض مدني ١٦ نوفمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٥٧ ص ٤٣٩) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن من أراد أن يخل عقاراً هو ملزم بتخليته ، يجب عليه أن يعرض التخليه عرضاً حقيقياً (استئناف مخطط ١٢ مايو سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٣٠٦) . وقضت أيضاً بأن الدين الذي يعلن أنه يريد الوفاء ، ولا يقرن هذا الإعلان بإجراءات العرض الحقيقي ، يكون ملزماً بالفوائد حتى يتم العرض (استئناف مخطط ١٩ يناير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١٢٠) ، ويحكم عليه بالمصروفات (استئناف مخطط ٧ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٠٢) .

(٣) وطريقة العرض الحقيقي والإيداع ، التي سار عليها التفتين الملف وتفتين المرافعات فيما يستخلص من مجموع نصوصها ، هي الطريقة المثبتة في القوانين للاتينية . أما التفتين الألماني (م ٢٩٣ - ٣٠٤) فقد اتبع طريقة أبسط ، إذ اكتفى بمجرد إخطار الدائن (أنظر في المقابلة ما بين الطريقتين كولان وكايتان ودو لامورانديير ٢ فقره ٤٩٩ - دي باج ٣ بقرة ٤٩٣) . على أن التفتين الملف الجديد ، كما سنرى ، أخذ من التفتين الملف الألماني بعض أحكامه فيما رتبته من النتائج على إخطار الدائن .

المطلب الأول

إجراءات العرض الحقيقي والإيداع

٤٢٩ - وجوب التفسير بين نصوص التقنين المدني ونصوص

تقنين المرافعات : تضمن التقنين المدني طائفة من النصوص في خصوص العرض الحقيقي والإيداع ، وأحال في بقية المسائل على تقنين المرافعات . ولكن تقنين المرافعات لم تنسق نصوصه مع نصوص التقنين المدني ، ويبدو لأول وهلة أن هناك شيئاً من التنافر بين هاتين الطائفتين من النصوص . فلا بد إذن من التوفيق ما بين التقنينين ، وإعمال نصوص كل منهما بحيث لا يتعارض ذلك مع إعمال نصوص التقنين الآخر .

٤٣٠ - مراحل ثلاث : ويبدو - للتوفيق ما بين التقنينين - أن هناك

مراحل ثلاثا :

(المرحلة الأولى) مرحلة إعداد الدائن ، وما يترتب على هذا الإعداد من نتائج قانونية . وهذه المرحلة انفرد بذكرها التقنين المدني .

(المرحلة الثانية) مرحلة عرض الدين عرضاً حقيقياً على الدائن . وهي مرحلة انفرد برسم إجراءاتها تقنين المرافعات .

(المرحلة الثالثة) مرحلة إيداع الدين على ذمة الدائن . وهذه مرحلة اشترك في رسم إجراءاتها كل من التقنين المدني وتقنين المرافعات .

٤٣١ - (١) مرحلة إهذار المأذون : يبدأ المدين بعرض الوفاء على

الدائن عرضاً فعلياً صحيحاً . والعرض الصحيح هو أن يعرض المدين الوفاء طبقاً للقواعد القانونية المقررة في شأنه . فيعرض الدين كله وملحقاته غير منقوصة ، ويعرضه في وقت حلوله ، وفي مكان الوفاء ، ويكون المدين أهلاً لوفاء الدين

ويكون الدائن أهلاً لاستيفائه (١). وليس من الضروري أن يكون هذا العرض الفعلي على يد محضر، فتدخل المحضر إنما يكون عند إعداد الدائن وعند العرض الحقيقي للدين. ويكفي أن يبدى استعداده، إذا توافرت الشروط المتقدمة الذكر، لوفاء الدين للدائن. ويتم ذلك بأية طريقة تفي بهذا الغرض، فيصح أن يتم بالكتابة لتيسير الإثبات، ويحسن أن تكون الكتابة مسجلة موصى عليها حتى لا يقع نزاع في تسلمها.

فاذا رفض الدائن قبول الوفاء على هذا الوجه، فعل المدين عندئذ أن يسجل على الدائن رفضه باعلان رسمي على يد محضر (٢). ويعتبر هذا الإعلان إعداراً للدائن برفضه الوفاء.

٤٣٢ - ما يترتب على اهتزاز الدائنين من النتائج - النصوص

القانونية : ويترتب على إعداد الدائن على الوجه المتقدم الذكر نتائج خطيرة، كانت تترتب في عهد التقنين المدني السابق على العرض الحقيقي والإيداع، وقد رتبها التقنين المدني الجديد على مرحلة سابقة للعرض والإيداع، هي مرحلة إعداد الدائن. فنصت المادة ٣٣٥ من هذا التقنين على ما يأتي :

« إذا تم إعداد الدائن، تحمل تبعه هلاك الشيء أو تلفه، ووقف سريان القوائد، وأصبح للمدين الحق في إيداع الشيء على نفقة الدائن والمطالبة بتعويض ما أصابه من ضرر (٣).

(١) انظر المادة ١٢٥٨ من التقنين المدني الفرنسي وما ورد في شأنها في بودوي وبارد ٢ فقرة ١٥٩٧ - فقرة ١٦١١ - بلانيول وبرييه وردوان ٧ فقرة ١٢٥٨.

(٢) وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدني الجديد يكتفي في هذا الإعداد بمجرد الكتابة، كما كان يكتفي بمجرد الكتابة أيضاً في إعداد المدين. ولكن لجنة مجلس الشيوخ عدلت النصوص فجعلت الإعداد، سواء بالنسبة إلى المدين أو بالنسبة إلى الدائن، بإعلان رسمي على يد محضر (المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٠٠ - وانظر تاريخ نص المادة ٣٣٤ آتفا فقرة ٢٦ في الخامس).

(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٤٧١ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد. ووافقت طليعة المراجعة تحت رقم ٣٤٧ في المشروع النهائي، ثم وافق عليه مجلس النواب، فجلس الشيوخ تحت رقم ٣٣٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٩٩ - ص ٢٠١).

ويتبين من هذا النص أن النتائج التي يرتبها القانون على إعدار المدين للدائن هي ما يأتي :

أولاً- يتحمل الدائن تبعة هلاك الشيء أو تلفه ، وذلك فيما إذا كان الهلاك أو التلف مما يحمل المدين تبعته قبل إعدار الدائن . مثل ذلك أن يعرض البائع تسليم المبيع على المشتري عرضاً صحيحاً تتوافر فيه الشروط التي قدمناها ، فيأبى المشتري تسلم المبيع دون مبرر . عند ذلك يسجل البائع رفض المشتري لتسلم المبيع المبيع عن طريق إعلان رسمي على يد محضر . ومنذ وصول هذا الإعلان للمشتري يصبح هو الذي يتحمل تبعة هلاك المبيع أو تلفه ، وكان الذي يتحمل هذه التبعة قبل الإعلان هو البائع لا المشتري . وقد نصت المادة ٤٣٧ منى على هذا الحكم صراحة ، فقصت بأنه « إذا هلك المبيع قبل التسليم لسبب لا يد للبائع فيه ، انفسخ البيع واسترد المشتري الثمن ، إلا إذا كان الهلاك بعد إعدار المشتري لتسلم المبيع » .

ثانياً - يقف مريان الفوائد فيما إذا كان الدين تقوذاً تنتج فوائد ، سواء

— ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق . ولكن المادة ٢٣٧/١٧٤ من هذا التقنين كانت ترتب للمدين حقاً في التصويف إذا امتنع الدائن عن قبول الوفاء ، وكان النص يجرى على الوجه الآتي : « لا تبرأ ذمة من تعهد بمثل شيء بمجرد عرضه على المتعهد له أنه يستند لعمله ، إنما له عند امتناع المتعهد له من قبول المثل وقت العرض أن يطالبه بتصويف الضرر المترتب على امتناعه » .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٢٣٢ (وهي مطابقة للسادة ٢٣٥ من التقنين المدني المصري) - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٢٢٢ (وهي مطابقة للسادة ٢٣٥ من التقنين المدني المصري) - ولا مقابل له في التقنين المدني العراقي ، وقد قلنا أن التقنين العراقي لا يحمل الدائن ملزماً إلا بإيداع المدين الشيء على ذمة الدائن : انظر المادة ٣٨٥ منى عراق - وفي تقنين الموجبات والمقود البناني المادة ٢٩٤ ، ونجري على الوجه الآتي : « إن الدائن الذي يرفض لنير سبب مشروع الإيفاء المبرور عليه بشروط متعلقة على الأصول يعد من جراء ذلك في حالة التأخر منذ تحقق رفضه بصلك رسمي - ومن ذلك الحين يصبح خطر هلاك الشيء أو تبيده على عهدة هذا الدائن ، وينقطع حكم الفائدة من الدين . وعلاوة على ذلك يحق عندئذ للمدين إيداع مروض الموجب وتحصيل الدائن عبء النفقة والمخاطر ، وتبرأ ذمة على هذا الوجه من الموجب » . ويتفق هذا الحكم مع الحكم الوارد في المادة ٢٣٥ من التقنين المدني المصري .

كانت هذه الفوائد اتفاقية أو قانونية (١) . ولا حاجة ، في وقف مريان الفوائد ، للعرض الحقيقي والإيداع ، بل يكفي إصدار الدائن على الوجه المتقدم الذكر . ووجه هذا الحكم ظاهر ، إذ المفروض أن الدائن يرفض استيفاء الدين دون مبرر ، والمدين يعرض الوفاء حتى يتخلص من الدين وفوائده ، فالدائن هو المتعنت ويكون من العدل وقف مريان الفوائد .

ثالثاً - جواز عرض المدين للدين على الدائن عرضاً حقيقياً وإيداعه إياه بعد ذلك على نفقة الدائن . ونص المادة ٣٣٥ من التقنين المدني يقول في هذا الصدد : « وأصبح للمدين الحق في إيداع الشيء على نفقة الدائن » ، فلا يتكلم عن العرض الحقيقي ، وكأن التقنين المدني قد استعاض عن العرض الحقيقي بالإعذار . ولكن تقنين المرافعات نص في المادة ٧٨٦ على أن « للمدين إذا أراد تبرئة ذمته بما هو مقرب ، نقداً كان أو غيره ، أن يعرضه فعلياً على دائئه على يد محضر » . وهذا هو العرض الحقيقي الذي لا بد أن يسبق الإيداع . ثم إن التقنين المدني نفسه يشير إشارة عارضة إلى العرض الحقيقي والإيداع ، ويحيل في الإيداع على تقنين المرافعات ، فيقول في المادة ٣٣٩ : « يقوم العرض الحقيقي بالنسبة إلى المدين مقام الوفاء إذا تلاه إيداع يتم وفقاً لأحكام قانون المرافعات ... » وكذلك تشير المادة ٣٤٠ في فقرتها إلى العرض (٢) .

من أجل ذلك نرى - للتوفيق بين التقنين المدني وتقنين المرافعات - أن نجعل مرحلة إصدار الدائن سابقة على مرحلة العرض الحقيقي ، دون أن نغني عنها .

ولكننا نرى ، من جهة أخرى ، أن المدين يستطيع أن يستغنى عن مرحلة الإعذار ، وأن يقوم مباشرة بالعرض الحقيقي وفقاً للقواعد المقررة في تقنين

(١) استئناف غنطل ٢٩ يناير سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ١٤٨ .

(٢) ومن ذلك أيضاً ما ورد في المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد ، في خصوص النتائج التي تترتب على إصدار الدائن ، أن من بين هذه النتائج « تحويل المدين حق اتخاذ إجراءات العرض الحقيقي وإتباع هذا العرض بالإيداع على نفقة الدائن » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٠٠) ، وهذا صريح في أن الإعذار يليه عرض حقيقي ، ثم يلي العرض الحقيقي الإيداع . فتتسم بذلك تلك التقنين المدني مع نصوص تقنين المرافعات .

المرافعات . غير أن النتائج التي كانت ترتب على الإعذار والتي بسطناها فيما تقدم ، تتأخر في هذه الحالة إلى حين العرض الحقيقي .

على أن الإعذار ، إلى جانب أنه يجعل بالنتائج التي ترتب عليه ، يكون دليلاً قاطعاً على أن الدائن قد رفض استيفاء الدين ، فتكون نفقات العرض الحقيقي ثم نفقات الإيداع في هذه الحالة على الدائن ، كما تقول المادة ٣٣٥ مدني فيها قدمناه .

رابعاً — مطالبة المدين للدائن بتعويضه عن الضرر الذي أصابه من جراء امتناع الدائن دون مبرر عن استيفاء الدين . فإلى جانب تحمل الدائن تبعه هلاك الشيء ، وإلى جانب وقف سريان الفوائد وتحميل الدائن نفقات العرض الحقيقي والإيداع ، قد يصيب المدين ضرر آخر ، كأن يكون محل الدين عيناً معينة بالذات ، ويمتنع الدائن دون مبرر عن تسلمها فتبقى شاذلة للمكان الذي هي فيه مدة طويلة . فيكون للمدين في هذه الحالة أن يطالب الدائن بتعويض عن الضرر الذي أصابه من جراء ذلك ، ويتمثل هذا التعويض عادة في أجرة هذا المكان طول المدة التي شغلته فيها العين دون مبرر(١) .

٤٣٣ — (ب) مرحلة العرض الحقيقي : وتلي مرحلة إعداد الدائن

مرحلة العرض الحقيقي كما قدمنا . وتبين المرافعات هو الذي تكفل برسم إجراءات هذه المرحلة على الوجه الآتي :

إذا كان الشيء محل الدين نقوداً أو شيئاً آخر مما يمكن تسليمه للدائن في موطنه ، فعلى المدين أن يعرضه عرضاً فعلياً على الدائن في موطنه على يد محضر (م ٧٨٦ مرافعات) (٢) . أما ما لا يمكن تسليمه للدائن في موطنه ، كالعقارات

(١) أوبري ودو ٤ ٣٢٢ من ٣٠٦ - انظر في كل ما تقدم الذكر الإيضاحية للشروح التمهيدية في مجموعة الأعمال التوضيحية ٣ من ٢٠٠ .

(٢) وإذا كان الدين نقوداً ، وجب عرض جميع المبالغ المستحقة والفوائد والمصروفات التي صفت ومبلغ إجمالي لحساب المصروفات التي لم تصف ، ولا يجوز أن تكون المبالغ المعروضة أقل من ذلك ، إلا إذا كان الفرق ضئيلاً ويرجع إلى تعدد تحديد المبالغ المستحقة على وجه الدقة أو إلى مجرد خطأ في الحساب (استئناف مختلط ٣ فبراير سنة ١٩٣١ م ٤٣ من ١٩٩ - ٢ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ من ٤١ - ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ من ٩٣) .
(م ٤٧ — الوسيط)

أو المنقولات التي لا يتيسر نقلها إلا بمشفة ومؤونة ، فيحصل عرضها عرضاً حقيقياً على الدائن بمجرد تكليفه على يد محضر (٧٨٧ مرافعات) . ويجب أن يشتمل محضر العرض أو ورقة التكليف على بيان جنس النقود وعددها وبيان الشيء المعروض بياناً دقيقاً وعلى شروط العرض وذكر قبول المعروض أو رفضه (٧٨٨ مرافعات) .

وقد نصت المادة ٧٩٢ من تقنين المرافعات على نوع خاص من العرض الحقيقي بإجراءات مختصرة ، هو العرض حال المرافعة أمام المحكمة . ففقت بأنه ويجوز العرض الفعلي حال المرافعة أمام المحكمة بدون إجراءات أخرى إذا كان من يوجه إليه العرض حاضراً . وتسلم النقود المعروضة عند رفضها لكتاب الجلسة لإيداعها خزانة المحكمة ، ويذكر في محضر الإيداع ما أثبت بمحضر الجلسة من قرارات الخصوم خاصة بالعرض ورفضه . وإذا كان المعروض في الجلسة من غير النقود ، تعين على المعارض أن يطلب إلى المحكمة تعيين حارس عليه لحفظه كما ذكر ، ولا يقبل الطعن في الحكم الصادر بتعيين الحارس . وللمعارض أن يطلب على الفور الحكم بصحة العرض .»

هذا وإذا قبل الدائن العرض ، ذكر المحضر ذلك في محضره ، وقبض الدائن الدين من يد المحضر . وبذلك يتم الوفاء له بالدين . وكان عليه هو مصروفات العرض (١) ، إلا إذا تبين أنه لم يكن المتسبب في هذه الإجراءات وأن المدين كان متسرعاً في الالتجاء إليها . وإن لم يقبل الدائن العرض ، ذكر المحضر ذلك في محضره ، وانتقل بعد ذلك إلى مرحلة الإيداع (٢)

(١) ولكن لا يجوز المدين أن يستل من المبالغ المعروضة مصروفات العرض ، فإن هذه المصروفات لا تكون على الدائن إلا إذا كان العرض صحيحاً (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٦٣٤ ص ٧٢٥) .

(٢) ولا بد ، كما قلنا ، من العرض الحقيقي قبل الإيداع ، وإلا فالإيداع وحده لا يكون مبرئاً للذمة (استئناف مخطوط ٢٦ نوفمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٥٠ - ٦ مايو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٧٢ - ١٠ ديسمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٥٩) ، وذلك ما لم يكن العرض الحقيقي متضرراً كأن كان المدين يجهل ورقة الدائن على وجه التحقيق (استئناف مخطوط ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٥٩) ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

٤٣٤ - (ج) مرمز المبراع - نصوص قانونية: تكفل تقنين المرافعات أيضاً برسم إجراءات هذه المرحلة ، وجاء في التقنين المدني بعض نصوص في خصوصها . وتتلخص أحكام مرحلة الإيداع ، كما وردت في نصوص التقنينين ، فيما يأتي :

المعروض إما أن يكون نقوداً أو غير نقود .

فإن كان من النقود ، ورفض الدائن العرض ، قام المحضر بإيداع هذه النقود خزانة المحكمة في اليوم التالي لتاريخ محضر العرض على الأكثر . وعلى المدين إعلان الدائن بصورة من محضر الإيداع (١) في ظرف ثلاثة أيام من تاريخه (٧٨٩ مرافعات) .

وإن كان المعروض من غير النقود ، ورفض الدائن العرض ، جاز للمدين أن يطلب من قاضي الأمور المستعجلة تعيين حارس لحفظه في المكان الذي يعينه (م ٧٩٠ مرافعات) .

وقد ورد في التقنين المدني في هذا الخصوص نصان يكتلان نصوص تقنين المرافعات .

فنصت المادة ٣٣٦ مدني على أنه : إذا كان محل الوفاء شيئاً معيناً بالذات ، وكان الواجب أن يسلم في المكان الذي يوجد فيه ، جاز للمدين ، بعد أن ينذر الدائن بتسليمه ، أن يحصل على ترخيص من القضاء في إيداعه . فإذا كان هذا الشيء عقاراً أو شيئاً معداً للبقاء حيث وجد ، جاز للمدين أن يطلب وضعه تحت الحراسة (٢) . وهذا النص ، للتوفيق بينه وبين المادة ٧٩٠ مرافعات ،

(١) والمرة فيما إذا كان الإيداع قد تم مع التخصيص (dépôt effectué avec affectation spéciale) بمحضر الإيداع لا بمحضر العرض (استئناف مخطط ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٤٥ م ٥٨ ص ١٩) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٧٢ : من المشروع التمهيد على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٤٨ من المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٣٣٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٠١ - ص ٢٠٢) .

يجب أن يجعل مفصلاً لأحكام هذه المادة . ويجب إذن أن نميز في غير النقود بين ما يمكن نقله وإيداعه كمجوهرات وعروض يسيرة النقل ، وبين ما هو معد للبقاء حيث وجد كالعقارات وبعض المنقولات العسيرة النقل والتي هي معدة لتبقى حيث هي كالألات الزراعية والسيارات والمؤن وأدوات العمارة (١) ونحو ذلك . فإذا كان المعروض مما يتيسر نقله ، جاز للمدين أن يطلب من قاضي الأمور المستعجلة وفقاً للمادة ٧٩٠ مرافعات ، أو أن يطلب بعريضة من قاضي الأمور الوقفية وفقاً للمادة ٣٣٦ مدني ، أمراً بتعيين حارس لحفظ الشيء في المكان الذي يعينه القاضي (٢) ، وقد يكون هذا المكان هو خزانة المحكمة إذا تيسر ذلك كما هو الأمر في إيداع المجوهرات والأوراق المالية ونحوها . أما إن كان المعروض مما لا يتيسر نقله بل كان معداً للبقاء حيث وجد ، جاز

— وقد جاء في التفتين المدني السابق (م ١٧٦ / ٢٣٩) في هذا الخصوص ما يأتي : « تراءضة المتعهد بتسليم عقار إذا استحصل حل تعيين أمين حارس للمقار المذكور بحكم يصدر بمواجهة المتعهد له أو في هيئته بعد تكليفه بالحضور أمام المحكمة » .

ويقال بالنص في التفتينات المدنية العربية الأخرى : في التفتين المدني السوري المادة ٣٣٤ (وهي مطابقة له) - وفي التفتين المدني الليبي المادة ٢٢٣ (وهي أيضاً مطابقة له) - وفي التفتين المدني العراقي المادة ١/٣٨٧ ، وتجري حل الوجه الآتي : « إذا كان محل الوفاء عقاراً أو شيئاً معداً للبقاء حيث وجد ، وطلب المدين من المحكمة وغضه تحت يد عدل ، قام تسليمه الشيء لعدل مقام الإيداع » (والحكم متفق مع حكم المادة ٣٣٦ مصري) - وفي تفتين الموجبات والمقود البناني المادة ٢٩٥ ، وتجري حل الوجه الآتي : « إذا كان موضوع الموجب عملاً ما ، لا تسليم شيء ، يحق للمدين منه وجود الدائن في حالة التأخر أن يفسخ العقد وفقاً للأحكام المختصة بتأخر المدين » . وهذا النص لا مقابل له في التفتين المصري ، ولكن يمكن العمل بحكمه في مصر لاتفاقه مع القواعد العامة . وليس هذا من باب العرض والإيداع ، وإنما يقوم الحكم حل أنه إذا كان حل المدين واجب عرض الوفاء ، قبل الدائن كذلك واجب قبوله ، فإذا لم يتم الدائن بواجبه كان المدين أن يفسخ العقد ليتخلص هو أيضاً من القيام بواجبه : انظر بوردى وبارد ٢ فقرة ١٦٢٦ .

وانظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٠٩ .

- (١) نقض مدني ٥ نوفمبر سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ٢ رقم ٢ ص ٢ .
- (٢) وقد قفست محكمة النقض بأنه لا يشترط أن يكون المدين قد حصل مبدئياً على حكم بإيداع السيارة المعروضة على الدائن في جراج ، بل يصح أن يردع السيارة الجراج على أن يمرض الأمر بعد ذلك حل القضاء ليقول كلمته فيما إذا كان هذا العرض صحيحاً وهل يعتبر إجراء مائلاً للإيداع (نقض مدني ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ١٤٥ ص ١٠٢٢) .

للمدين ، بالطريقة نفسها ، أن يطلب تعيين حارس لحراسته حيث يوجد دون أن ينقل . وفي جميع هذه الأحوال تقوم الحراسة ، في المكان الذي عين أو في المكان الذي يوجد فيه المروض ، مقام الإيداع .

على أن الأشياء المعروضة قد تكون مما يسرع إليه التلف كالسمن والزيت والدقيق ونحو ذلك ، أو تكون مما يكلف نفقات باهظة في إيداعه أو حراسته كالمواشي وبعض المحصولات الزراعية ، فهذه وتلك عرضت لها المادة ٣٣٧ من التقنين المدني فنصت على ما يأتي : ١ - يجوز للمدين ، بعد استئذان القضاء ، أن يبيع بالزاد العلى الأشياء التي يسرع إليها التلف ، أو التي تكلف نفقات باهظة في إيداعها أو حراستها ، وأن يودع الثمن خزنة المحكمة . ٢ - فإذا كان الشيء له سعر معروف في الأسواق ، أو كان التعامل فيه متداولاً في البورصات ، فلا يجوز بيعه بالزاد إلا إذا تعلل البيع بممارسة بالسعر المعروف (١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٢٣ من المشروع التمهيدى حل وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٢٤٩ من المشروع التالى . ووافق عليه مجلس النواب . وفي لجنة مجلس الشيوخ اقترح أن يضاف إلى النص بعد عبارة « استئذان القضاء » عبارة « بأمر من مريضة » ، ورفضت اللجنة هذا الاقتراح إذ مادام الأمر يتعلق بسلطة القاضي الولائية فإن مفهوم ذلك بداعة أن يتم الاستئذان بإصدار أمر من مريضة ، ووافقت اللجنة على النص دون تعديل تحت رقم ٢٢٧ . ووافق عليه مجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٠٣ - ص ٢٠٤) .

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدنى السابق .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدنى السورى المادة ٣٣٥ (وحى مطابق له) - وفي التقنين المدنى الليبى المادة ٣٢٤ (وحى أيضاً مطابق له) - وفي التقنين المدنى العراقى المادة ٣٨٧/٢ ، وتجبرى على الوجه الآتى : « وإذا كان شيئاً يسرع إليه التلف أو يكلف نفقات باهظة في إيداعه ، فإنه يجوز للمدين ، بعد استئذان المحكمة ، أو دون استئذان عند الضرورة ، أن يبيعه بسعره المروض في الأسواق ، فإن تعلل ذلك بالزاد العلى ، ويقوم إيداع الثمن مقام إيداع الشيء نفسه » . وهذا الحكم يتفق مع حكم التقنين المصرى ، إلا أن التقنين العراقى يبيح عند الضرورة عدم استئذان القضاء في بيع الشيء - وفي تقنين الموجبات والعقود الجنائى المادة ٢٩٦/٢ ، وتجبرى على الوجه الآتى : « أما إذا كان الشيء غير قابل للإيداع كأن يكون مثلاً قابلاً للتلف ، أو يكون حفظه مدعاة لنفقات باهظة ، جاز للمدين ، بعد استئذان القضاء ، يبيعه علناً وإيداع الثمن » . وهذا حكم يتفق مع حكم التقنين المصرى .

انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٠٩ . وقارب استئناف مخطط ٤ أبريل سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ١٩٠ .

فاذا ما أودع الشيء - بعد عرضه عرضاً حقيقياً على الدائن - على النحو السابق ، كان العرض والإيداع آثار قانونية تنقل الآن إلى يانها .

المطلب الثاني

ما يترتب على العرض والإيداع من الآثار

٤٣٥ - النصوص القانونية : تنص المادة ٣٣٩ من التقنين المدني

على ما يأتي :

« يقوم العرض الحقيقي بالنسبة إلى المدين مقام الوفاء ، إذا تلاه إيداع يتم وفقاً لأحكام قانون المرافعات ، أو تلاه أى إجراء مماثل ، وذلك إذا قبله الدائن أو صدر حكم نهائى بصحته » (١) .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ٢٣٨/١٧٥ (٢) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة

٣٣٧ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٣٢٦ - وفي التقنين المدني العراقي المادة

٣٨٦ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني العبارة الأخيرة من المادة ٢/٢٩٤ والمادة ٢٩٨ (٣) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٤٧٥ من المشروع التمهيدي حل وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٥١ من المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٣٢٩ (مجموعة الأعمال التصديرية ٣ ص ٢٠٧ - ص ٢٠٨) .

(٢) التقنين المدني السابق م ٢٣٨/١٧٥ : ومع ذلك إذا كان الدين عبارة عن نقود أو منقولات ، فتبرأ ذمة المدين بعرضه الدين على الدائن عرضاً حقيقياً بالتطبيق للقواعد المبينة في قانون المرافعات .

وهذا الحكم يتفق مع حكم التقنين المصري الجديد .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٣٢٧ (مطابقة لمادة ٣٣٩ من التقنين المدني المصري) . =

ويبين من هذا النص أنه يجب التمييز بين فرضين: (أولاً) العرض والإيداع بعد قبول الدائن أو بعد صدور حكم نهائي بصحة العرض . (ثانياً) العرض والإيداع قبل القبول أو صدور الحكم .

١٩ - أثر العرض والإيداع بعد قبول الدائن أو بعد

صدور حكم بصحة العرض

٤٣٦ - قبول الدائن للعرض : قد يقبل الدائن العرض في النهاية ، وذلك بعد أن يكون قد رفضه وبعد أن يكون الإيداع قد تم بناء على هذا الرفض . ويجب أن يعلن قبوله للمدين حتى ينتج القبول أثره ، وإلا جاز للمدين قبل وصول القبول إلى علمه أن يرجع في العرض (١) على الوجه الذي سنبينه .

ويجب أيضاً ، حتى يجوز للدائن أن يقبل عرضاً سبق له رفضه ، أن يثبت المودع لديه (أو خزانة المحكمة) أنه أخبر المدين بإعلان رسمي على يد محضر أنه سيسلم الشيء المودع للدائن ، وذلك قبل حصول التسليم فعلاً بثلاثة أيام

= التفتين الملف الليبي م ٢٢٦ (مطابقة لمادة ٣٣٩ من التفتين الملف المصري) .

التفتين الملف العراقي م ٣٨٦ : ١ - يقوم الإيداع مقام الوفاء إذا قبله الدائن أو صدر حكم بصحته . ٢ - وفي هذه الحالة تكون نفقات الإيداع على الدائن ، وهو الذي يتحمل تبة هلاك الشيء من وقت الإيداع ، ومن هذا الوقت أيضاً يقف سريان الفوائد . (ويتفق هذا الحكم مع حكم التفتين المصري ، إلا أن التفتين العراقي يرقب ، كما قلنا ، على الإيداع الآثار التي يرتبها التفتين المصري على إظهار الدائن) .

تفتين الموجهات والقواعد البنائي م ٢٩٤/٢ (المبراة الأخيرة) : وتبرأ ذنبة كل هذا الوجه من الموجب (والحكم متفق مع حكم التفتين المصري ، غير أن نص التفتين البنائي لا يذكر صراحة قبول الدائن للعرض أو الحكم بصحته ، ولكن القواعد العامة تقتضي ذلك ، كما أن هذا الحكم يستنتج من المادة ٢٩٧ لبنائي) .

م ٢٩٨ : إن نفقة الإيداع على الدائن حينما يكون الإيداع مشروطاً (والحكم متفق مع حكم التفتين المصري) .

(١) برودى وبارد ٢ فقرة ١٦٣٢ .

على الأقل . وعند تسليم الشيء للدائن ، يجب عليه أن يسلم المودع لديه صورة محضر الإيداع التي تسلمها مع مخالصة بما قبضه .

وقد نصت على هذه الأحكام صراحة المادة ٧٩٤ من تقنين المرافعات ، إذ تقول : « يجوز للدائن أن يقبل عرضاً سبق له رفضه ، وأن يتسلم ما أودع على ذمته ، إذا لم يكن المدين قد رجع في عرضه ، وأثبت المودع لديه أنه أخبر مدينه على يد محضر بعزمه على التسليم قبل حصوله بثلاثة أيام على الأقل . ويسلم الدائن المودع لديه صورة محضر الإيداع المسلمة إليه مع مخالصة بما قبضه » (١) .

٤٣٧ - الحكم بصحة العرض والديراع : فإذا لم يقبل الدائن العرض بعد الإيداع ، فإن للمدين أن يطلب الحكم بصحة العرض والإيداع ، كما أن للدائن دون أن ينتظر رفع هذه الدعوى أن يادر هو إلى رفع دعوى بطلان العرض والإيداع . وتنص المادة ٧٩١ مرافعات في هذا الصدد على أنه : « يجوز طلب الحكم بصحة العرض أو بطلانه ، وبصحة الإيداع أو عدم صحته ، بالطرق المعتادة لرفع الطلبات الأصلية أو العارضة » .

وفي دعوى صحة العرض والإيداع ، لا يجوز الحكم بصحة العرض وحده إذا لم يعقبه إيداع أو أى إجراء مماثل كوضع المعروض تحت الحراسة على النحو الذى قدمناه . ولا يقتصر الأمر على إيداع المعروض وحده ، بل يجب أن يعرض مع فوائده التى استحققت إلى يوم الإيداع . وقد وردت هذه الأحكام فى الفقرة الأولى من المادة ٧٩٣ من تقنين المرافعات ، إذ تنص على أنه : « لا يحكم بصحة العرض الذى لم يعقبه إيداع إلا إذا تم إيداع المعروض مع فوائده التى استحققت لغاية يوم الإيداع » (٢) .

(١) ويجوز أيضاً للدائن أن يقبل العرض باسم الدائن ، من طريق استمال حقوق مدينه ، وأن يجزى على الشيء المودع تحت يد المودع لديه . فلا يجوز بعد الحجز للدائن أن يتسلم الشيء ، ولا للمدين أن يرجع فى العرض ، وذلك فى حدود ما للدائن الدائن من حق (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٦٣١ مكررة أولاً) .

(٢) وترفع دعوى صحة العرض أمام محكمة موطن الدائن (استئناف غنطظ ٣ يناير سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٩٦) . ومصرفات الإظهار والعرض والإيداع ، إذا حكم بصحة العرض ؟ -

٤٣٨ - ما يترتب من الأمر على قبول الدائن أو صدور حكم نهائي

بعدم العرض والديون : فإذا ما قبل الدائن العرض والإيداع على النحو المتقدم الذكر ، أو صدر حكم نهائي بصحة العرض والإيداع وفقاً للقواعد التي أسلفناها ، قام العرض في هاتين الحالتين مقام الوفاء ، وبرت ذمة المدين من الدين . ولا تأخر براءة ذمة المدين إلى يوم الإيداع ، بل تبرأ ذمته من يوم العرض ، فإن النص صريح في أن الذي يرى ذمة المدين هو العرض إذا تلاه الإيداع ، فالإيداع إذن شرط في إنتاج العرض لأثره ، وإذا تحقق استند هذا الأثر إلى يوم العرض . وهذا ما تنص عليه المادة ٣٣٩ مدني فيما قدمناه ، فهي تقضي بأن يقوم العرض الحقيقي بالنسبة إلى المدين مقام الوفاء إذا تلاه

= تكون حل الدائن (استئناف مخطط ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٥٩) ، ولكن لا يجوز للمدين ، كما قدمنا ، أن يستزل مقداً من المبالغ المروضة هذه المصروفات ، وذلك إلى أن يحكم بصحة العرض ويضم به ذلك رسم الإيداع من الدين (نقض مدني ٢ ديسمبر سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٢٦ ص ١٩٩) . ولا يجوز أن تكون المبالغ المروضة أقل من المبالغ المستحقة ، إلا إذا كان الفرق ضئيلاً كما سبق القول (استئناف مخطط ١٨ يناير سنة ١٨٩٣ م ٥١ ص ١٠١ - ٢١ ديسمبر سنة ١٨٩٣ م ٦ ص ٧٧ - ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٥٩ - ٣ فبراير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ١٩٩ - ٢ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٤١ - ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٩٣) . ولا يجوز أن يكون الإيداع مقيداً وبمروط (استئناف مخطط ١٤ فبراير سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ١٣٦ - ١٨ نوفمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٢٦ - ٦ مايو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٣٧٢ - ١٢ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٧٥) ، إلا إذا كانت شروطا يستلزمها الدين المروض ، وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأنه إذا عرض المدين الأدوات والمهمات المحكوم عليه بتسليمها إلى المدين ، وتفيد عرضه بأن يدفعوا له المبلغ الذي حكم له به نهائياً قبلهم بمقتضى نفس الحكم الذي ألزمه بتسليم الأشياء المروضة ، فهذا العرض صحيح ، ومثل هذا الشرط لا يطله ، لأن للمدين أن يشترط ما يكفل له حقه المحكوم له به (نقض مدني ٥ نوفمبر سنة ١٩٣٦ مجموعة صر ٢ رقم ٢ ص ٢) . ولا يجوز عرض جزء من الدين هو الجزء الذي يقر به المدين إلى أن يحسم النزاع في الجزء الباقي ، فإذا حكم الدائن في هذا النزاع كان حل المدين دفع فوائد كل الدين دون استزاع القوائد من الجزء الذي عرضه (استئناف مخطط ٣ يونيو سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٣١٣) . وإذا حكم بصحة العرض والإيداع ، فلا محل في الحكم لإلزام المدين البريء للتمتع بالسداد ، بل ينص الحكم فقط على السداد للدائن بأن يسحب مما هو مودع على ذمته ما يعادل حقه (استئناف أهل ٢٩ يناير سنة ١٩٢٣ المحللة ٣ رقم ١/١٥٥ ص ٢١٠) .

إبداع يتم وفقاً لأحكام قانون المرافعات أو تلاء أى إجراء مماثل ، وذلك إذا قبله الدائن أو صدر حكم نهائى بصحته . وأيد هذا النص نص آخر فى تقنين المرافعات صريح فى أن براءة ذمة المدين إنما تكون من يوم العرض ، فقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٧٩٣ مرافعات على ما يأتى : « ونحكم المحكمة مع صحة العرض ببراءة ذمة المدين من يوم العرض » (١) .

ومضى برئت ذمة المدين ، فقد برئت ذمة المدينين المتضامنين معه والشركاء فى الدين والكفلاء وسقطت التأمينات العينية التى كانت تكفل الدين .

وبراءة ذمة المدينين المتضامنين والشركاء والكفلاء وسقوط التأمينات العينية هو أثر نهائى لقبول الدائن العرض أو للحكم النهائى بصحته ، فلا يجوز بعد ذلك أن ترجع ذمة هؤلاء مشغولة بالدين أو أن تعود التأمينات العينية ، حتى لو رجع المدين فى العرض وقبل الدائن منه هذا الرجوع . وهذا ما تنص عليه الفقرة الثانية من المادة ٣٤٠ مدنى ، إذ تقول : « فإذا رجع المدين فى العرض بعد أن قبله الدائن أو بعد أن حكم بصحته ، وقبل الدائن منه هذا الرجوع ، لم يكن لهذا الدائن أن يتمسك بعد ذلك بما يكفل حقه من تأمينات ، وتبرأ ذمة الشركاء فى الدين وذمة الضامنين » . والأصل فى ذلك أنه إذا قبل الدائن العرض ، أوحكم بصحته حكماً نهائياً ، لم يجوز للمدين بعد ذلك أن يرجع فيما عرض ، ويختص الدائن وحده بالشئ للعروض ولا يشاركه فيه سائر الغرماء . وقد نصت المادة ٧٩٦ من تقنين المرافعات على هذا الحكم صراحة إذ تقول : « لا يجوز الرجوع عن العرض ، ولا استرداد المودع ، بعد قبول الدائن لهذا العرض أو بعد صدور الحكم بصحة العرض وصيرورته نهائياً . غير أنه إذا قبل الدائن من المدين رجوعه فى عرضه بعد قبول الدائن للعرض أو بعد الحكم النهائى بصحته ، فإن قبول الدائن لرجوع المدين فى العرض يكون أثره مقصوراً على العلاقة فيما بينه وبين المدين ، ولا يتجاوز ذلك إلى الغير من شركاء فى الدين وكفلاء وأصحاب حقوق عينية على العقار المرهون فى الدين ، فهؤلاء يفيدون نهائياً

(١) ويقضى التقنين المدنى الفرنسى (م ١٢٥٧/٢) بعكس ذلك ، فلا تبرأ ذمة الدين إلا من يوم الإبداع (أنظر بودرى وبا رد ٢ فقرة ١٦٢٨ - بلايول وبيير وردوان ٧ فقرة ١٢١١ ص ٦١٦) .

من براءة ذمة المدين . ومن ثم تبرأ ذمة الشركاء والكفلاء كما قدمنا ، وبحق لأصحاب الرهن التالية في المرتبة للدائن الذي برئت ذمة مدينه عدم الاعتداد بالرهن الذي كان متقدماً على رهنهم وكان يكفل الدين (١) . أما في العلاقة ما بين الدائن والمدين ، بعد رجوع المدين في العرض وقبول الدائن لهذا الرجوع ، فإن الدين الذي كان معروضاً ينقضى بقبول الدائن للعرض أو بالحكم نهائياً بصحته ، ولكن لما كان الدائن قد قبل من المدين الرجوع في هذا العرض ، فإن ذمة المدين ترجع مشغولة بدين جديد معادل للدين القديم الذي انقضى . وإذا أريد أن يكفل هذا الدين الجديد كفلاء أو رهون ، فلا بد من الاتفاق على ذلك من جديد بين الدائن والمدين والكفلاء ، وتقوم هذه التأمينات من وقت هذا الاتفاق لا قبل ذلك (٢) .

٢٥ - أثر العرض والابداع قبل قبول الدائن

وقبل صدور حكم بصحة العرض

٤٣٩ - النصوص القانونية : تنص المادة ٣٤٠ من التقنين المدني على ما يأتي :

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في هذا الصدد ما يأتي : « متى قبل العرض المشفوع بالإيداع أو بإجراء مماثل له ، أو حكم بصحته ، أصبح لازماً وانتعج الرجوع فيه . ويكون لكل هذا العرض حكم الوفاء ، ويستند أثره إلى الماضي ، فيعتبر أنه تم وقت إعلان العرض (وقد ورد خطأ : وقت إعلان الإيداع) ، وتعتبر ذمة المدين والملتزمين معه بالدين والكفلاء قد برئت من هذا الوقت . على أن الدائن أن يرفض رجوع المدين في عرضة الحقيقي ، بعد القبول أو بعد صدور الحكم بصحته ، وعندئذ يعتبر الوفاء كأن لم يكن ، دون أن يخل ذلك بحقوق الملتزمين مع المدين بالدين أو الكفلاء ، فيؤلا تبرأ ذمتهم نهائياً ، ولا يكون لهذا الرجوع أثر بالنسبة لهم » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٠٩ - ص ٢١٠) .

وسنرى أن ماورد في المذكرة الإيضاحية من أن الوفاء يعتبر كأن لم يكن ليس دقيقاً ، فحق قبل الدائن العرض أو حكم نهائياً بصحته فقد تم الوفاء على وجه بات وانقضى الدين المعروض . فإذا رجع المدين بعد ذلك في العرض وقبل الدائن ذلك منه ، كان هذا بمثابة اتفاق على دين جديد تشمل به ذمة المدين نحو الدائن ، كما سيأتي .

(٢) انظر في هذا المعنى بودرى وبلرد ٢ فقرة ١٦٣٣ - بلانسيول وريبير ورهوان ٧ فقرة ١٢١١ ص ٦١٧ .

١ - إذا عرض المدين الدين وأتبع العرض بإيداع أو باجراء مماثل ، جاز له أن يرجع في هذا العرض مادام الدائن لم يقبله أو مادام لم يصدر حكم نهائي بصحته . وإذا رجع ، فلا تبرأ ذمة شركائه في الدين ولا ذمة الضامنين .

٢ - فإذا رجع المدين في العرض بعد أن قبله الدائن أو بعد أن حكم بصحته ، وقبل الدائن منه هذا الرجوع ، لم يكن لهذا الدائن أو يتمسك بعد ذلك بما يكفل حقه من تأمينات ، وتبرأ ذمة الشركاء في الدين وذمة الضامنين (١) .

وليس لهذا النص مقابل في التقنين المدني السابق ، ولكن الحكم كان منصوباً عليه في المادتين ٦٩٣ - ٦٩٤ من تقنين المرافعات القديم .

ويقابل هذا النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٣٣٨ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٣٢٧ - وفي التقنين المدني العراقي المادة ٣٨٩ - وفي تقنين الموجبات والمقود اللبناني المادة ٢٩٧ (٢)

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٧٦ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى :

١ - إذا عرض المدين الدين ، وأتبع العرض بإيداع أو إجراء مماثل ، جاز له أن يرجع في هذا العرض ما دام الدائن لم يقبله أو ما دام لم يصدر حكم نهائي بصحته . ٢ - فإذا رجع المدين في العرض بعد أن قبله الدائن أو بعد أن حكم بصحته ، وقبل الدائن منه هذا الرجوع ، لم يكن لهذا الدائن أن يتمسك بعد ذلك بما يكفل حقه من تأمينات . وفي لجنة المراجعة أضيف حكم عدم براءة ذمة الشركاء في الدين والضامنين إلى الفقرة الأولى في حالة رجوع المدين في عرضه قبل قبول الدائن العرض وقبل الحكم بصحته ، وأضيف حكم براءة ذمة الشركاء في الدين والضامنين في الفقرة الثانية في حالة رجوع المدين في العرض بعد أن قبله الدائن أو بعد أن حكم بصحته إذا كان هذا الرجوع بموافقة الدائن . فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وصار رقمه ٢٥٢ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٣٤٠ (مجموعة الأعمال التشريعية ٣ ص ٢٠٩ - ص ٢١١) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٣٣٨ (مطابقة للمادة ٣٤٠ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني الليبي م ٣٢٧ (مطابقة للمادة ٣٤٠ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٣٨٩ (مطابقة للمادة ٣٤٠ من التقنين المدني المصري) .

تقنين الموجبات والمقود اللبناني م ٢٩٧ : لـمـديون أن يسترد الشيء المودع ما دام الدائن لم يصرح بقبوله الإيداع ، وفي هذه الحالة يعود الدين بجميع ملحقاته . (وهذا النص يتفق في الحكم مع نص التقنين المصري ، وإن لم يذكر في نص التقنين اللبناني إلا قبول الدائن بعرض ، وأغفل ذكر صدور الحكم بصحته ، ولكن صدور الحكم بصحة العرض يمنح في لبنان رجوع المدين في العرض وفقاً لقواعد العامة) .

ونصت المادة ٧٩٥ من تقنين المرافعات الجديد على ما يأتي : « ويجوز للمدين أن يرجع عن عرض لم يقبله دائته ، وأن يسترد من خزنة المحكمة ما أودعه ، متى أثبت أنه أخبر دائته على يد محضر برجوعه عن العرض وكان قد مضى على إخباره بذلك ثلاثة أيام » .

ويجب استكمال نص التقنين المدنى بنص تقنين المرافعات للتوفيق ما بين النصين ، وليكون هناك تنسيق وانسجام ما بين النصوص . وهذا ما نسير عليه فيما يأتي :

٤٤٥ - متى يجوز للمدين الرجوع في العرض : للمدين ، بعد العرض والإيداع ، أن يرجع في العرض (١) إذا توافر شرطان :

(الشرط الأول) ألا يكون قد صدر قبول من الدائن للعرض ووصول هذا القبول إلى علم المدين ، وألا يكون في الوقت ذاته قد صدر حكم نهائي بصحة العرض .

(الشرط الثاني) أن يكون قد مضى ثلاثة أيام من وقت إبلاغ المدين الدائن على يد محضر برجوعه في العرض . فإذا اقتصر المدين على مجرد إعلان إرادته في الرجوع ، ولو أبلغ الدائن ذلك بكتاب مسجل أو بأية طريقة أخرى غير الإعلان الرسمي على يد المحضر ، جاز للدائن ألا يعتد بهذا الرجوع ، وأن يقبل العرض على الوجه المبين في المادة ٧٩٤ مرافعات وقد سبق بيان ذلك . فعندئذ يصبح العرض نهائياً ، ولا يمكن للمدين بعد ذلك أن يرجع فيه ولو أبلغ الرجوع للدائن على يد محضر . كذلك إذا رجع المدين في العرض ، وأبلغ الدائن رجوعه على يد محضر ، فإن للدائن ، في خلال ثلاثة أيام من يوم إبلاغه برجوع المدين أن يقبل العرض بعد تهيئة الطريق لهذا القبول وفقاً للمادة ٧٩٤ مرافعات ، وعندئذ

(١) وحق رجوع المدين في العرض حق متصل بشخصه ، فلا يجوز لدائته أن يستعملوه باسمه . فإذا وقع هؤلاء حجزاً على الشيء المعروض ، ولم يرجع للمدين في العرض ، كان الحجز باطلاً (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٦٣١) . ولكن لما كان العرض يعتبر وفاء للمدين ، فلذا لم يمتنع أن يضمنوا فيه بالدموى البولسية وفقاً لأحكام الفقرة الثانية من المادة ٢٤٢ مدنى .

لا يكون لرجوع المدين عن العرض أثر، ويصبح العرض نهائياً بقبول الدائن له .
ولا يعود بعد ذلك للمدين حق في الرجوع ، إلا بقبول الدائن لهذا الرجوع على
الوجه المبين في الفقرة الثانية من المادة ٣٤٠ مدني ، وقد سبق بيان ذلك .

٤٤١ - الأثر الذي يترتب على رجوع المدين في العرض : فإذا

رجع المدين في العرض بعد توافر الشرطين المتقدمين الذكر على الوجه المبين
آنفاً ، فإن العرض يعتبر كأن لم يكن (١) ، وتكون مصروفات العرض
والإبداء على المدين لأنه هو الذي رجع فيها عرض (٢) .

وتبقى ذمة المدين مشغولة بالدين وملحقاته . وكذلك تبقى مشغولة بالدين ذمة
المدينين التضامنين الآخرين والشركاء في الدين والكفلاء ، كما تبقى التأمينات
العينية التي تكفل الدين (٣) . وهذا ما تنص عليه صراحة الفقرة الأولى من المادة
٣٤٠ مدني فيما قدمنا . أما إذا كان رجوع المدين في العرض بعد قبول الدائن له
أو بعد الحكم بصحته ، وكان الرجوع بموافقة الدائن ، فقد رأينا أن المدينين
التضامنين والشركاء في الدين والكفلاء تبرأ ذمتهم ، وأن التأمينات العينية التي
كانت تكفل الدين تزول .

ويجوز ، بعد رجوع المدين في العرض وقبل استرداده للشيء المعروض من
خزانة المحكمة أو من تحت يد الحارس ، أن يوقع دائنوه - ومنهم نفس
الدائن الذي كان الدين معروضاً عليه - الحجز على هذا الشيء . أما قبل رجوع
المدين في العرض ، فلا يجوز للدائنين الآخرين غير الدائن المعروض عليه الدين
أن يوقعوا الحجز على الشيء المعروض أو أن يشاركوا فيه هذا الدائن الأخير
مشاركة الغرماء ، حتى لو كان ذلك قبل قبول العرض وقبل صدور حكم بصحته .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن الإبداء الحاصل على ذمة أحد دائني المدين لا يخرج به
المبلغ المودع من ملكية المودع إلا بقبول الدائن له ، وقبل ذلك يستطيع المدين أن يوجه
المبلغ الذي أودعه أية وجهة أخرى (نقض مدني ٢٨ أبريل سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١١٧
ص ٣٢٣ . وأنظر أيضاً : استئناف مخطوط ١١ مارس سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ١٧٩) .

(٢) برودي وبارد ٢ فقرة ١٦٣٤ ص ٧٢٥ .

(٣) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٠٩ .

(٤) أنظر آنفاً فقرة ٤٤٠ في الهامش .

الفصل الثاني

عمل الوفاء

٤٤٢ - على أى شيء يقع الوفاء ومنه وأين يكونه : نبث هنا موضوعين :

أولاً - على أى شيء يقع الوفاء وما يتبع هذا الشيء من ملحقات .
ثانياً - الزمان والمكان اللذين يتم فيهما الوفاء .

الفرع الأول

على أى شيء يقع الوفاء وما يتبع هذا الشيء من ملحقات

المبحث الأول

على أى شيء يقع الوفاء

٤٤٣ - الوفاء بنفس الشيء المستحق دونه تجزئة - هاتر تعرض

المعروفه : الوفاء يكون بنفس الشيء المستحق ، وهو الشيء محل الالتزام . ولا يجوز للمدين أن يجبر الدائن على قبول وفاء جزئى ، بل يجب عليه أن يبنى بالشيء المستحق كاملاً دون تجزئة . وقد تعدد الديون التى فى ذمة المدين فبنى ببعضها ، ويتعين تحديد بأياها وفى .

فعمدنا إذن مسائل ثلاث : (١) الوفاء بنفس الشيء المستحق (٣) الوفاء بكل الشيء المستحق فلا يجوز الوفاء الجزئى (٣) تعيين جهة الدفع عند تعدد الديون .

المطلب الأول

الوفاء بنفس الشيء المستحق

٤٤٤ - النصوص القانونية : تنص المادة ٣٤١ من التقنين المدني على ما يأتي :

« الشيء المستحق أصلاً هو الذي به يكون الوفاء ، فلا يجبر الدائن على قبول شيء غيره ، ولو كان هذا الشيء مساوياً له في القيمة أو كانت له قيمة أعلى » (١) .
ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ٢١٣/١٦٨ (٢) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٣٣٩ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٣٢٨ - وفي التقنين المدني العراقي المادتين ٣٩٠ - ٣٩١ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المواد ٢٩٩ و ٣٠١ و ٣١٧ (٣) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٤٧٧ من المشروع التمهيلي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٥٣ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٣٤١ (مجموعة الأعمال التصديرية ٣ ص ٢١٢ - ص ٢١٣) .
(٢) التقنين المدني السابق : م ٢٣١/١٦٨ : يجب أن يكون الوفاء على الوجه المتفق عليه بين المتعاقدين . (والحكم متفق مع حكم التقنين المدني الجديد) .
(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري : م ٣٣٩ (مطابقة المادة ٣٤١ من التقنين المدني المصري) .
التقنين المدني الليبي : م ٣٢٨ (مطابقة المادة ٣٤١ من التقنين المدني المصري) .
التقنين المدني العراقي : م ٣٩٠ : ١ - إذا كان الدين مما يتعين بالتعيين ، فليس للمدين أن يدفع غيره بدلاً منه بدون رضا الدائن ، حتى لو كان هذا البديل مساوياً في القيمة للشيء المستحق أو كانت له قيمة أعلى . ٢ - أما إذا كان مما لا يتعين بالتعيين وعين بالقدر ، فقلامين دفع مثله وإن لم يرض الدائن .
م ٣٩١ : رب الدين إذا ظفر عرضاً بجئس حقه من مال مدينه ، وهو على صفته ، فله الاحتفاظ به .

والشيء المستحق أصلاً إما أن يكون شيئاً معيناً بالذات أو شيئاً غير معين إلا بنوعه أو نقوداً أو عملاً أو امتناعاً عن عمل .

٤٤٥ — الشيء المصحى متى معين بالذات : إذا كان الشيء المستحق

هو شيء معين بالذات ، كدار أو سيارة معينة أو حصان معين ، فالوفاء يكون بهذا الشيء بالذات لا بغيره ، ولو كان غيره من جنسه ونوعه ويساويه أو يزيد عليه . ولا يجبر الدائن على قبول غير الشيء المستحق ، ولو كان أزيد في القيمة . كما لا يجبر المدين على الوفاء بغير الشيء المستحق ، ولو كان أقل في القيمة . وهذا ما تنص عليه صراحة المادة ٣٤١ كما رأينا .

وهذا لا يمنع بداهة من أن يتفق الدائن والمدين على أن يكون الوفاء بشيء غير المستحق أصلاً ، وهذا هو الوفاء بمقابل (١) . ولكنه غير الوفاء ، وله أحكام خاصة به سيرد ذكرها فيما يلي .

٣٠ (وأحكام التقنين المراق تتفق مع أحكام التقنين المصري . ولا يوجد ما يمنع من تطبيق حكم المادة ٣٩١ مراق — وهي مأخوذة من الفقه الإسلامي — في مصر ، إذ هو حكم لا يمارس مع القواعد العامة) .

تقنين الموجبات والمقود البتاني : م ٢٩٩ : يجب إيفاء الشيء المستحق نفسه ، ولا يجبر الدائن على قبول غيره وإن كان أهل قيمة منه — وإذا كان الشيء لم يمين إلا بنوعه ، فلا يجب حل المدينون تقديمه من النوع الأفضل ، ولكن لا يجوز له تقديمه من النوع الأدنى . م ٣٠١ : عندما يكون الدين مبلغاً النقود يجب إيفاءه من حلة البلاد . وفي الزمن الماضي ، حين لا يكون التعامل اجبارياً بمسلة الورق ، يظل المتماقنون أحراراً في اشتراط الإيفاء نقوداً معدنية أو حلة أجنبية .

م ٣١٧ : إن الإيفاء بواسطة التحويل (الشيك) يبقى خاصاً لأحكام القانون الصادر في ٧ نيسان سنة ١٩٣٠ (١٩١٤) لئلا يزال مرفعي الأجراء .

(وهذه الأحكام تتفق في مجموعها مع أحكام التقنين المصري) .

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « ينبغي أن يقع الوفاء على الشيء المستحق أصلاً ، سواء أكان الالتزام به التزاماً بقتل حق حتى أم التزاماً بمسلة أم التزاماً بالامتناع عن عمل . فلا يجوز أن يستبدل بهذا الشيء شيء آخر ولو كان أهل منه قيمة ، إلا أن يرتضى الدائن الاختصاص (الوفاء بمقابل) ، أو أن يكون ظاهر التثبت » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢١٢) . ويستفاد من ذلك أن الدائن ليس له أن يرفض استيفاء شيء أعلى قيمة ، ولا المدين أن يرفض إيفاء شيء أدنى قيمة ، إذا كان في الرفض تمتت ظاهر ، وهذا تطبيق للنظرية العامة في التخصف في استعمال الحق .

ويجب تسليم الشيء المعين بالذات المستحق أصلاً في الحالة التي هو عليها وقت التسليم . فإذا كان قد هلك أو أصابه تلف وهو في يد المدين قبل تسليمه إلى الدائن ، وكان الهلاك أو التلف بسبب أجنبي ، فإن تبعة ذلك تقع على الدائن (١) . أما إذا كان الهلاك أو التلف بخطأ من المدين ، فإن الدائن يرجع بالتعويض على المدين . وليس في هذا كله إلا تقرير للقواعد العامة (٢) .

٤٤٦ — الشيء المخصص شيء غير معين المبرور : وقد يكون الشيء

المستحق شيئاً غير معين إلا بنوعه ، كخمسین قطاراً من القطن ومائة أردب من القمح . فإذا لم تبين درجة الشيء من حيث جودته ، أو لم يمكن استخلاص ذلك من العرف أو من أى ظرف آخر ، ألزم المدين بأن يسلم شيئاً من صنف

(١) وذلك ما لم يكن الدين ناشئاً من عقد مائز للجانيين . وإذا كان هناك رجوع على الغير بتعويض أو بمبلغ تأمين يجب على المدين أن ينزل عن التعويض أو عن مبلغ التأمين إلى الدائن ، بعد أن حل هذا أو ذلك حلولاً مالياً على الدين المستحق (بودى وبارد ٢ فقرة ١٤٦٨) .
على أن المدين ، إذا أخل به الدائن ، يكون مسئولاً عن الهلاك أو التلف ، ولو كان ذلك بسبب أجنبي ، ما لم يثبت أن الشيء كان يهلك في يد الدائن لو كان قد قبضه (بودى وبارد ٢ فقرة ١٤٦٦) .

(٢) وقد كان المشروع التمهيدى يتضمن نصاً ، هو المادة ٧٩ ، من هذا المشروع ، يجرى حل الوجه الآتى : « إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات ، برئت ذمة المدين إذا قام بتسليمه بالحالة التي يكون عليها وقت التسليم ، حتى لو أصاب الشيء تلف بعد نشوء الالتزام ، حل ألا يكون هذا التلف راجعاً إلى خطأ المدين ، أو أن يكون المدين قد أخل قبل حصول التلف ، كل هذا ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغيره » . وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في خصوص هذا النص ما يأتى : « الأصل في المدين أن يلزم بتسليم الشيء بالحالة التي يكون عليها وقت التسليم ، إذا ورد الالتزام على شيء معين بالذات . فحسب ما يسأل عما يصيب الشيء من تلف بعد الالتزام ، ما لم يكن قد أخل قبل حدوث التلف ، أو ما لم يكن هذا التلف راجعاً إلى خطأ أو خطأ من يسأل عنهم . ويقع عبء الإثبات في حالة المسؤولية التعاقدية على المدين . حل أن هذه القاعدة العامة لا تنطبق حيث يتفق المتعاقدان على الخروج عليها ، أو حيث يقضى القانون بمخالفتها . فن ذلك مثلا اتفاق المشتري والبائع على أن تكون حالة المبيع حسنة عند التسليم ، وقد نص المشروع على وجوب تسليم العين المؤجرة وملحقاتها في حالة توليها لأن تنى بما أعدت له من المضافة : م ٧١٢ من المشروع » . وقد خلقت لجنة المراجعة هذه المادة « لأن حكمها مستفاد من القواعد العامة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢١٤ في الهامش) .

متوسط (م ١٣٣/٢ ملحق) (١). على أنه إذا كان الشيء المستحق يؤخذ من جملة أشياء محصورة في ذواتها ، كما إذا ألزم المدين باعطاء صندوق من صناديق موضوعة في مخزن ، جاز للمدين أن يعطى أى صندوق من هذه الصناديق ، ولا يلزم باعطاء صندوق منها يكون من صنف متوسط (٢) .

٤٤٧- نص السهم نقود : وإذا كان الشيء المستحق نقوداً ، لم يجبر

الدائن على أخذ غير النقود المستحقة . فلا يجوز الوفاء دون رضا الدائن بشيء غير النقود ، كمرور ولو كانت قيمتها تساوى النقود المستحقة أو تزيد عليها . كما لا يجوز الوفاء دون رضا الدائن بكيفية أو بشيك (٣) أو بحالة

(١) الوسيط جزء أول فقرة ٢٢٣ .

(٢) ديولومب ٢٧ فقرة ٢٥٤ - بودوى وبارد ٢ فقرة ١٤٧٣ .

(٣) فلا يجبر الدائن على استيفاء حقه بشيك ، وإن كانت بعض التشريعات الأخيرة في فرنسا تبیح للمدين في حالات معينة أن يفي دينه بشيك ، بل تجبره على ذلك ، حتى لا يتضخم كيات أوراق النقد التي تطرح في الأسواق للتبادل (انظر بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٥٨) . ولما كان الوفاء بالشيكات هو الغالب في الممارات المدنية ، فإن الدائن لا يعتبر مستوفياً حقه إلا عند قبض قيمة الشيك من البنك (استئناف مخطط ٢٤ أبريل سنة ١٨٨٩ م ١ ص ١٠٥ - ١٥ فبراير سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ١٦٩) ، فلا ينقص الدين بمجرد تسليم الدائن للشيك عن طريق التجديد . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا أعطى شيك ثمناً لمبيع إثبات التخالص بالثمن في عقد البيع ، فإن إسطاء هذا الشيك يعتبر وفاء بالثمن لا استبدالاً له ، وعلى ذلك فإنه إذا حكم بفسخ البيع فلا يبق لتحويل قيمة الشيك على (نقض ملحق ٢ مايو سنة ١٩٤٦ مجموعة ص ٥ رقم ٦٩ ص ١٥٦) . وإمضاء الدائن على الشيك بأنه قد تسلم قيمته يكون بمثابة مخالصة بالدين ، أو هو في القليل مبدأ أثبت بالكتابة على أنه إنما استوفى ديناً ولم يقبض قيمة الشيك لغرض آخر ، فيستطيع تملكه بالينة أو بالتقراض . وسجاسة البنك لشيك خالصة دليل على أنه صرف قيمة هذا الشيك ، ولو لم يوقع صاحب الشيك على ظهره (استئناف مخطط ١٥ يونيو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤٣١) . ويتربط على أن الوفاء لا يتم إلا بقبض قيمة الشيك لا بمجرد تسلمه أن شركة النقل ، إذا كلفت بتسليم بضاعة لقاء استيفاء ثمنها (contre remboursement) وتسلمت شيكاً في مقابل الثمن ، تبقى مسؤولة من الثمن إلى وقت قبض قيمة الشيك (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٥٨) .

وقد غلب التعامل بالشيكات إذ يجنب مشقة التعامل في كيات كبيرة من أوراق النقد ، وهو في الوقت ذاته بسيط ، طريقاً ميسراً لإثبات الوفاء فإن إمضاء الدائن على الشيك بأنه قد تسلم قيمته تكون بمثابة مخالصة كما قلنا (بلانيول وريبير وبولانجييه ٢ فقرة ١٥٠٧) .

بريد (١) أو بأسمهم أو بسندات أو بغير ذلك من الأوراق المالية ، فإن هذه الأوراق ديون على الغير وليست نقوداً ، ولا يجبر الدائن على أخذها في مقابل النقود .

وتنص المادة ١٣٤ مدني بأنه « إذا كان محل الالتزام نقوداً ، ألزم المدين بقدر عددها المذكور في العقد دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو لانخفاضها وقت الوفاء أى أثر » . ويخلص من ذلك أنه إذا ارتفعت قيمة النقود كان ارتفاعها لمصلحة الدائن ، وإذا انخفضت كان انخفاضها لمصلحة المدين .

وقد رأينا ، في الجزء الأول من الوسيط (٢) أن العملة الورقية إذا تقرر لها سعر قانوني (cours légal) وجب على الدائن قبولها حتى لو اتفق مع المدين على غير ذلك ، وحتى لو لم يكن لهذه العملة سعر إلزامي (cours forcé) . على أن المسألة ليست لها أهمية عملية إذا لم يكن للعملة الورقية سعر إلزامي ، فإن الدائن الذي يريد الحصول على حقه ذهباً ولا يستوفيه إلا ورقاً يستطيع أن يستبدل الذهب بالورق في أى وقت شاء . فإذا تقرر للعملة الورقية سعر إلزامي ، واستوفى الدائن حقه ورقاً ، فإنه لا يستطيع أن يستبدل به ذهباً لقيام

= وكالشيكات الكياليات والإضافة إلى الحساب الجاري (virement bancaire du compte à compte) ، لا يتم الوفاء بها إلا بقبض القيمة أو بالإضافة الفعلية إلى الحساب الجاري . ومن ثم يتحمل المدين التبعة إلى وقت قبض الدائن القيمة بالفعل ، فإذا صرفت القيمة إلى غير الدائن أو إلى غير حسابه الجاري دون خطأ منه لم يكن مستوفياً حقه ويتحمل المدين تبعة ذلك . ولا يجبر الدائن على إعطاء مخالصة إلا عند القبض الفعلي ، فإن أصلى مخالصة قبل ذلك جاز أن يحصل هذا منه على أنه رضى أن يستوفى الدين بمقابل (د) باج ٣ فقرة ٤٧٦ - وانظر أيضاً ببدان ولا جارد ٨ فقرة ٤٦٨ - فقرة ٤٧٢ - فقرة ٤٨٤ - فقرة ٤٨٥) .

(١) وإذا قبل الدائن حوالة البريد ، فلا يتم الوفاء إلا بقبض قيمتها فعلاً . وقد نفتت محكمة الاستئناف المخططة بأنه إذا وفى المدين الدين بحوالة بريد ، ولكنه لم يقطع سند التسليم منها ويرسله إلى الدائن ليتسلم بموجبه قيمة الحوالة ، لم يكن هذا وفاء مبرراً للتمه (١٨ يناير سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٩٣) . ويتحمل المدين تبعة ضياع حوالة البريد وهي في طريقها إلى الدائن ، كما يتحمل تبعة صرف الحوالة إلى غير الدائن إذا تم ذلك دون خطأ من الدائن (بلانيرول وريير وردوان ٧ فقرة ١١٥٨) .

(٢) فقرة ٢٢٤ - فقرة ٢٢٥ .

السعر الإلزامى ، وقد تكون قيمة الورق قد نزلت نزولاً فاحشاً فتصيبه خسارة جسيمة من وراء ذلك . ولا سيبل إلى اشتراط أن يكون الوفاء بالذهب (clause d'or) أو بما يعادل قيمة الذهب ، فإن الشرط يكون باطلاً لمخالفته للنظام العام . ويكون العقد الذى تضمن هذا الشرط باطلاً كذلك ، إذا تبين أن الشرط كان هو الباعث الرئيسى على التعاقد . ذلك أن الغرض من تقرير السعر الإلزامى هو إعطاء الورق قيمة قانونية إلزامية معادلة لقيمة الذهب ، فينعدم الفرق بين الورق والذهب في نظر القانون ، ويجب أيضاً أن ينعدم في نظر الأفراد ، لأن القانون إنما أراد هذا حماية لمصلحة عامة ترجع إلى نظام النقد في البلد وإلى استقرار قيمة العملة وثباتها .

ورأينا أيضاً ، في الجزء الأول من الوسيط (١) ، أن القضاء المصرى مر في هذه المسألة على مرحلتين : (المرحلة الأولى) في ظل المرسوم (القانون) الصادر في ١٢ أغسطس سنة ١٩١٤ ، وقد قضى بأن يكون للعملة الورقية التى يصدرها البنك الأهلى قيمة الذهب (السعر القانونى) ، وبأن البنك لا يجبر على إبدال الورق بالذهب (السعر الإلزامى) ، وبأن ما يدفع من هذه الأوراق يكون دفعاً صحيحاً مبرئاً للتملة كما لو كان الدفع حاصلًا بالذهب ، ولو وجد اتفاق بخالف ذلك . وبالرغم من صراحة هذا النص انقسم القضاء المصرى فى شأن شرط الذهب ، فبعض الأحكام قضى بطلانه ، وبعضها قضى بصحته ، وبعضها جرى على نهج القضاء الفرنسى فميز بين المعاملات الداخلية حيث يكون الشرط باطلاً والمعاملات الخارجية حيث يكون الشرط صحيحاً (٢) . (المرحلة الثانية) فى ظل المرسوم بقانون رقم ٤٥ لسنة ١٩٣٥ ، وقد صرح بأن شرط الذهب باطل فى المعاملات الخارجية بطلانه فى المعاملات الداخلية ، فنص على أن « تبطل شروط الدفع ذهباً فى العقود التى يكون الالتزام بالوفاء فيها ذا صبغة دولية ، والتى تكون قد قومت بالجنهات المصرية أو الاسترلينيه أو بنقد أجنبى آخر كان متداولاً فى مصر (القرنك والجنه التركى) ، ولا يترتب عليها أى أثر » .

(١) فقرة ٢٢٦ .

(٢) انظر الأحكام المشار إليها فى الوسيط جزء أول فقرة ٢٢٦ ص ٢٩٣ هامش رقم ١ .

ومنذ صدور هذا القانون استقر قضاء المحاكم المصرية على بطلان شرط الذهب في المعاملات الداخلية والمعاملات الخارجية على السواء (١).

٤٤٨ - التي المستحق عمل أو امتناع عن عمل - امالة: فإذا كان

عمل الوفاء عملاً ، فقد رأينا في الجزء الثاني من الوسيط أن الالتزام بعمل ينقسم أقساماً ثلاثة : (١) التزاماً ببذل عناية (٢) و التزاماً بتسليم شيء (٣) و التزاماً بانجاز عمل معين . وقد استعرضنا هناك كلا من هذه الأقسام الثلاثة ، ورأينا كيف يقوم المدين بتنفيذ التزامه في كل منها ، فنكتفي هنا بالإحالة على ذلك (٢).

كذلك إذا كان عمل الوفاء امتناعاً عن عمل ، رأينا في الجزء الثاني من الوسيط كيف يفي المدين بالتزامه ، فهو قائم بتنفيذه تنفيذاً حقيقياً ما دام متمتعاً عن العمل الذي التزم بالامتناع عنه . فإذا أتى العمل الممنوع ، أصبح التنفيذ العيني مستحيلاً ، ولا يكون هناك مجال إلا للتعويض . ونكتفي هنا أيضاً بالإحالة على ما سبق أن ذكرناه في هذا الصدد (٣) .

(١) أنظر الأحكام المشار إليها في الوسيط جزء أول فقرة ٢٢٦ من ٣٩٦ هامش رقم ١ . يضاف إليها : استئناف مخطوط ٨ ديسمبر سنة ١٩٣٨ م ٥١ ص ٤٦ - ٣ فبراير سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٥٤ - ومع ذلك قارن : استئناف مخطوط ٢ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ١٥ - ٦ مارس سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١٢٧ - وأنظر في تحديد سعر الصرف في تاريخ الاستحقاق لا في تاريخ المطالبة : نقض مدني ٩ ديسمبر ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٣١ ص ٢٤٤ .

وأنظر في فرنسا التمييز ما بين الشروط التي تمس مركز العملة (clauses à caractère monétaire) كاللعب بالذهب أو بقيمة الذهب أو بعملة أجنبية وهذه باطلة في المعاملات الداخلية ، والشروط ذات الصبغة الاقتصادية (clauses à caractère économique) وهذه لا تم من صدم الثقة بمركز العملة القومية ، وذلك كاللعب بالبيضايات (clauses de paiement en marchandises) أو بقيمة البضائع (clauses de paiement valeur-marchandise) أو الدفع بمعدل متحرك (clauses d'échelle mobile) ، ومن ثم تكون هذه الشروط صحيحة : بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٦٦ - فقرة ١١٨٥ - بيدان ولا جارد ٨ فقرة ٥٠٣ - فقرة ٥٢٢ - بلانيول وريبير ويولانجيه ٢ فقرة ١٥٩٩ - فقرة ١٦٣١ - كولان وكايتان ودی لامورانديير ٢ فقرة ٤٨٤ - فقرة ٤٩٤ - جوسران ٢ فقرة ٨٥٦ - فقرة ٨٦٠ منكرو - وأنظر في بلجيكا : دي بلج ٣ فقرة ٤٦٢ - فقرة ٤٦٩ .

(٢) الوسيط جزء ٢ فقرة ٤٢٤ - فقرة ٤٣٧ .

(٣) الوسيط جزء ٢ فقرة ٤٣٨ - فقرة ٤٤٠ .

المطلب الثاني

الوفاء بكل الشيء المستحق

عدم جواز تجزئة الوفاء

٤٤٩ - النصوص القانونية : تنص المادة ٣٤٢ من التقنين المدني على ما يأتي :

١ - لا يجوز للمدين أن يجبر الدائن على أن يقبل وفاء جزئياً لحقه ، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك .

٢ - فإذا كان الدين متنازلاً في جزء منه وقبل الدائن أن يستوفي الجزء المعروف به ، فليس للمدين أن يرفض الوفاء بهذا الجزء (١) .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ٢٣١/١٦٨ (٢) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٣٤٠ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٣٢٩ - وفي التقنين المدني العراقي المادة ٣٩٢ - وفي تقنين الموجبات والمقود اللبناني المادة ٣٠٠ (٣) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٤٧٨ من المشروع التمهيدى حل وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا بعض فروق لفظية طفيفة . وفي لجنة المراجعة أزيلت هذه الفروق ، وأصبحت المادة رقمها ٣٥٤ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٣٤٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢١٣ - ص ٢١٦) .

(٢) التقنين المدني السابق : م ٢٣١/١٦٨ : يجب أن يكون الوفاء . . . وألا يكون ببعض المستحق . . .

(وتتفق الأحكام في التقنينين السابق والجديد) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري : م ٣٤٠ (مطابقة لمادة ٣٤٢ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني الليبي : م ٣٢٩ (مطابقة لمادة ٣٤٢ من التقنين المدني المصري) . -

ويخلص من هذا النص أن القاعدة هي عدم جواز تجزئة الوفاء ، ويرد على هذه القاعدة استثناءات بعضها يرجع إلى الاتفاق وبعضها يرجع إلى أحكام القانون .

٤٥٠ - القاهرة - عدم جواز تجزئة الوفاء : لما كان الوفاء يجب أن يكون بنفس الشيء المستحق ، وجب تبعاً لذلك أن يكون بكل الشيء المستحق .

فلا يصح ، من جهة ، أن يجبر المدين الدائن على أن يقبل استيفاء جزء من الدين ، إذا كان كل الدين حالاً واجب الأداء . ولا يصح ، من جهة أخرى ، أن يجبر الدائن المدين على الوفاء بجزء من الدين واستبقاء الجزء الآخر في ذمته . كل هذا حتى لو كان الدين نفسه قابلاً للتجزئة ، فإن الدين فيما بين الدائن والمدين يصبح غير قابل للتجزئة ولو كانت طبيعته تقبل التجزئة (١) .

وغنى عن البيان أن عدم جواز تجزئة الوفاء لا ينطبق إلا على الدين الواحد . فإذا تعددت الديون ، وحلت جميعها ، فليس للدائن أن يتمتع عن استيفاء أى من هذه الديون إذا أراد المدين الوفاء به ، بدعوى أن المدين لا يفي بالديون جميعاً فهو يجزئ الوفاء ، إذ أن المدين لا يجزئ الوفاء في الدين الواحد .

= التفتين المدين المراق : م ٣٩٢ : إذا كان الدين حالاً ، فليس للمدين أن يجبر دائنه على قبول بعضه دون البعض ، ولو كان قابلاً للتخصيص .
(والحكم متفق مع حكم التفتين المصري) .

تفتين الموجهات والمفرد البتاني م ٣٠٠ : لا يجوز للمدين إجبار الدائن على قبول الإيفاء مجزئاً وإن كان الموجب قابلاً للتجزئة ، لأن الإيفاء بهذا المضي لا يتجزأ - وتجاوز مخالفة هذه القاعدة بإجراء أحكام المقاصة أو باستعمال حق التجزئة فيما يختص بالكفلاء . (والحكم متفق مع حكم التفتين المصري) .

(١) ولو جزأنا الدين ، فيما بين الدائن والمدين ، لأصبح الدين الواحد ديوناً متعددة (لارومبيير م ١٢٤٤ فقرة ١ - ديمولومب ٢٧ فقرة ٢٣٧ - لوران ١٧ فقرة ٥٦٦ - بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤٧٨) - هذا إلى ما في التجزئة من ضرر يصيب الدائن ، فإنه إذا استوفى حقه كاملاً مرة واحدة استطاع أن يستثمره استثماراً أكمل مما لو استوفاه مجزئاً (بوتيه في الالتزامات فقرة ٥٣٤ - بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤٧٨) .

وعلى الدائن في هذه الحالة أن يقبل استيفاء الديون التي يعرضها المدين ، ثم يجبر المدين بعد ذلك على الوفاء بالديون التي لم يف بها (١) .

٥١ - الاستثناءات - موانع تجزئة الوفاء : وتقتضي الفقرة الأولى

من المادة ٣٤٢ مدنى ، فيما رأينا ، بجواز الخروج على قاعدة عدم جواز تجزئة الوفاء ، إما بحكم الاتفاق وإما بحكم القانون :

(١) فقد يتفق الدائن والمدين على تجزئة الوفاء ، فتجوز التجزئة عند ذلك نزولاً على اتفاقهما ، لأن قاعدة عدم التجزئة ليست من النظام العام .

وقد يكون هذا الاتفاق سابقاً على الوفاء . ويكون صريحاً أو ضمنياً ، ويعتبر اتفاقاً ضمنياً على تجزئة الوفاء أن يتفق الطرفان على أن يكون وفاء الدين في مكانين مختلفين ، في القاهرة وفي الاسكندرية مثلاً ، فيخلص من ذلك حتماً أن الطرفين اتفقا على تجزئة الدين إلى جزئين أحدهما يدفع في القاهرة والآخر في الاسكندرية ، وإذا لم يعينا مقدار كل جزء كان الجزءان متساويين (٢) .

وقد يكون الاتفاق واقعاً وقت الوفاء نفسه دون أن يكون هناك اتفاق سابق ، فاذا وفى المدين بعد حلول الدين الدائن بجزء منه ، وقبل الدائن هذا الوفاء الجزئى ، صح ذلك ، ويكون هناك اتفاق على تجزئة الوفاء وقع عند الوفاء نفسه .

(٢) وقد يقضى القانون بجواز تجزئة الوفاء ، كما فعل في المقاصة . فانه إذا توافرت شروطها ، سقط الدينان بقدر الأقل منهما . ومعنى ذلك أن الدين الأكبر ، الذى لم يسقط إلا جزء منه في مقابلة الدين الأصغر ، يكون قد وفى وفاء جزئياً على هذا النحو (انظر م ٣٦٥/٢ مدنى) .

(١) يردى ويارد ٢ فقرة ١٤٧٨ مكررة ثانياً - ويترتب على ذلك إنه إذا كان المستحق عدة أشياء ، فن المهم معرفة ما إذا كان الدين واحداً فلا يتجزأ الوفاء به ، أو أن هناك ديوناً متعددة لا يجوز للدائن أن يمنع من استيفاء ما يعرض المدين الوفاء به منها . فإذا كان أحد الأشياء المتعددة هو الشيء الأصل وكان الباقي تبعاً له ، كرأس المال والفوائد والمصرفيات ، فإن الدين يكون واحداً لا تجوز تجزئته عند الوفاء . أما إذا كانت الأشياء المتعددة كلها أصلية ، كأنساط تستحق تبعاً أو أجرة تحمل مدة بعد مدة ، فهذه ديون متعددة كل منها يجوز الوفاء به على حدة (بلانول وريور ودوان ٧ فقرة ١١٦٣ ص ٥٦٥) .

(٢) يوردى ويارد ٢ فقرة ١٤٧٩ .

(٣) وقد يقضى القانون أيضاً بجواز تجزئة الوفاء ، كما فعل في الدفع بالتقسيم فيما بين الكفلاء . فانه إذا تعدد الكفلاء بعقد واحد في الدين الواحد ، ولم يكونوا متضامتين ، قسم الدين بينهم ، ولا يجوز للدائن أن يطالب كل كفيل إلا بجزء من الدين هو نصيبه فيه ، وفي هذا إيجاب للدائن على الوفاء الجزئى . وقد نصت المادة ٧٩٢ مدنى في هذا المعنى على ما يأتى : ١ - إذا تعدد الكفلاء لدين واحد وبعقد واحد وكانوا غير متضامنين فيما بينهم ، قسم الدين عليهم ، ولا يجوز للدائن أن يطالب كل كفيل إلا بقدر نصيبه في الكفالة . ٢ - أما إذا كان الكفلاء قد التزموا بعقد متوالية ، فإن كل واحد منهم يكون مسئولاً عن الدين كله ، إلا إذا كان قد احتفظ لنفسه بحق التقسيم .

(٤) وقد يقضى القانون أيضاً بجواز تجزئة الوفاء ، كما فعل في نظرة الميسرة عند ما أجاز للقاضى أن يسطر الدين على المدين إلى آجال معقولة (م ٣٤٦/٢ مدنى) . وسنتناول هذه المسألة تفصيلاً عند الكلام في زمان الوفاء (١) .

(٥) وقد يقضى القانون أيضاً بجواز تجزئة الوفاء ، كما فعل في الفقرة الثانية من المادة ٣٤٢ مدنى فيما رأينا . فان هذه الفقرة تقضى بأنه « إذا كان الدين متنازعا في جزء منه وقبل الدائن أن يستوفى الجزء المعترف به ، فليس للمدين أن يرفض الوفاء بهذا الجزء » . ذلك أنه كما لا يستطيع المدين أن يجبر الدائن على قبول وفاء جزئى ، كذلك لا يستطيع الدائن ، كما قدمنا ، أن يجبر المدين على هذا الوفاء . ومع ذلك إذا كان الدين متنازعا في جزء منه ، فالدائن يدعى أنه مائة ويدعى المدين أنه خمسون ، فللدائن أن يجبر المدين على الوفاء بالخمسين وهو الجزء الذى يعترف به ، على أن يحسم النزاع بعد ذلك في الجزء الباقى المتنازع عليه . وليس للمدين أن يرفض هذا الوفاء الجزئى ، ويأبى أن يدفع شيئا حتى يحسم النزاع في الجزء المتنازع عليه ، أو يأبى أن يدفع الخمسين إلا بعد أن يقرر له الدائن أن هذا هو كل الدين (٢) .

(١) وقد يقضى للقانون بتجزئة الوفاء في حالة ما إذا مات الدائن وانقسم حقه على ورثته ، فكل وارث يستوفى جزءاً من الدين هو حصته فيه (انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التفسيرية ٣ ص ٢١٤ - ص ٢١٥) .

(٢) وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتى : « وقد -

للمطلب الثالث

تعيين جهة الدفع عند تعدد الديون

٤٥٢ - **النصوص القانونية :** تنص المادة ٣٤٤ من القانون المدني على ما يأتي :

« إذا تعددت الديون في ذمة المدين ، وكانت لدائن واحد ومن جنس واحد ، وكان ما أداه المدين لا يفي بهذه الديون جميعاً ، جاز للمدين عند الوفاء أن يعين الدين الذي يريد الوفاء به ، ما لم يوجد مانع قانوني أو اتفاق يحول دون هذا التعيين » .

وتنص المادة ٣٤٥ على ما يأتي :

إذا لم يعين الدين على الوجه المبين في المادة السابقة ، كان الخصم من حساب الدين الذي حل ، فإذا تعددت الديون الحالة فن حساب أشدها كلفة على المدين ، فإذا تساوت الديون في الكلفة فن حساب الدين الذي يعينه الدائن » (١) .

== يتصور إحمال قاعدة عدم تجزئة الوفاء إعمالاً حكماً لمصلحة المدين ، فيكون له أن يصير حل أداء الدين بأسره ، ولو قبل الدائن الاقتصاف على استيفاء جزء منه . أما إذا كان الدين متنازلاً فيه ، وأقر المدين بجزء منه ، فليس له أن يحتج عن الوفاء بهذا الجزء متى طالب به الدائن ، بدعوى الترهت حتى يحسم النزاع في الجزء الآخر ويتيسر له قضاء حق الدائن كاملاً : انظر في هذا المعنى م ١١٦٩ من القانون الأساسي ، والمادة ٧٢٢ من القانون البرتغالي ، والمادة ٧٧٧ من القانون الأرجنتيني ، والمادة ٢/٦٩ من قانون الالتزامات والسويعرى » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢١٥) .

(١) تاريخ النصوص :

م ٣٤٤ : ورد هذا النص في المادة ٤٨١ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في القانون المدني الجديد وذلك في الفقرة الأولى من المادة ٤٨١ من المشروع . وكانت هذه المادة تتضمن فقرة ثانية نصها ما يأتي : « فإذا لم يعين المدين الدين ، خصم ما أداه من حساب الدين الذي يعينه الدائن في الخالص ، إلا إذا اعترض المدين فوراً على هذا التعيين أو كان التعيين قد صدر من غش أو عن مباينة من الدائن » . وقد وافقت لجنة المراجعة على المادة بقررتها تحت رقم ٣٥٦ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب . وفي لجنة مجلس الشيوخ حظت الفقرة الثانية « لأنها تتناول مسألة تفصيلية وتقرر حلاً لم تر اللجنة الأغل به ، بل أثرت ترك الأمر ==

وتقابل هذه النصوص في التقنين المدني السابق المادة ١٧٢/٢٣٥ (١) .

وتقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري
المادتين ٣٤٢ - ٣٤٣ - وفي التقنين المدني الليبي المادتين ٣٣١ - ٣٣٢ -
وفي التقنين المدني العراقي المادة ١/٣٩٣ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني
المواد ٣٠٧ - ٣٠٩ (٢) .

== القواعد العامة ، لا سيما أن المادة التالية وضمت من القواعد ما يكن في هذا الشأن ، وأصبح
النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلت لجنة
تحت رقم ٣٤٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢١٩ - ٢٢١) .
م ٣٤٥ : ورد هذا النص في المادة ٤٨٢ من المشروع التمهيلي على الوجه الآتي : « فإذا لم
يعين الدائن أو المدين الدين تميناً صحيحاً ، كان الخصم من حساب الدين الذي حل ، فإذا تعددت
الديون الحالة فن حساب أشعنا كلفة على المدين ، فإذا تساوت الديون في الكلفة فن هذه الديون
جميعاً بنسبة كل منها » . ووافقت لجنة المراجعة على المادة تحت رقم ٣٥٧ في المشروع النهائي .
ووافق عليها مجلس النواب . وفي لجنة مجلس الشيوخ قام نقاش حول حكم المبراة الأخيرة وهي :
« فإذا تساوت الديون في الكلفة فن هذه الديون جميعاً بنسبة كل منها » ، وقيل في الاعتراض
عليها أنه لا يجرى في السمل عند الوفاء أن يحصل الخصم من جملة الديون بنسبة كل منها ، فن المصلحة
إثبات الحكم القانوني عندما تتساوى أعباء دينين إذ قد يكون أحدهما وشيك السقوط بمعنى المدة
ولا يتبين أي الدينين قد وفى . ورأت اللجنة أن أمامها حلولاً ثلاثة : (١) أما أن تحلف مبراة
« فإذا تساوت الديون في الكلفة فن هذه الديون جميعاً بنسبة كل منها » ، فإذا حصل إشكال
فأمر ذلك يكون على تقدير القاضي . (٢) وأما أن تعدل هذه الفقرة لتكون : « فإذا تساوت
الديون في الكلفة فن حساب الدين الذي يعينه الدائن » . (٣) وأما أن تنص على أن الوفاء يكون
لدين المتأخر . وبعد مناقشة هذه الحلول رأت أغلبية اللجنة الأخذ بالحل الثاني . وفي هذه الحدود
حصر النص ما يبيح للدائن من خيار ، وهو بعد صاحب المصلحة في الاستيفاء . ووافق مجلس
الشيوخ على المادة كما عدلتها لجنة تحت رقم ٣٤٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٢١ -
ص ٢٢٤) .

(١) التقنين المدني السابق : م ٢٣٥/١٧٢ : تستلزم المنفوعات في حالة تعدد الديون من
الدين الذي عينه المدين ، وإن لم يعين استزلت من الدين الذي له زيادة منفعة في وفائه . (والحكم
واحد في التقنينين السابق والجديد ، فيما عدا أن التقنين الجديد أضاف أنه إذا تساوت الديون
في الكلفة فالمدفع يكون من حساب الدين الذي يعينه الدائن . وبمثل هذه الإضافة من وقت
نفاذ التقنين الجديد - أي من ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ - والعبارة بوقت الدفع ، فإن كان قبل
١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ فالتقنين القديم هو الذي يسرى ، وإلا فالتقنين الجديد) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

ويخلص من هذه النصوص أن الحاجة إلى تعيين الدين المدفوع أولاً إلى تعيين جهة الدفع إنما تقوم إذا كان على المدين ديون متعددة للدائن واحد (١) ، وكانت هذه الديون جميعاً من جنس واحد ، وكان المبلغ المدفوع لافنى بجميع الديون (٢) . فيجب عند ذلك أن يتعين أى من هذه الديون المتعددة تم وفاؤه بالمبلغ المدفوع .

= التقنين المدني السوري : م ٣٤٢ - ٣٤٣ (مطابقتان للمدتين ٣٤٤ - ٣٤٥ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني الليبي : م ٣٣١ - ٣٣٢ (مطابقتان للمدتين ٣٤٤ - ٣٤٥ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي : م ١/٣٩٣ : إذا دفع المدين أحد دينين واجبين في ذاته ، وكان أحدهما مطلقاً والآخر مشمولاً بكفالة أو برهن ، أو كان أحدهما قرضاً والآخر ممن مبيع ، أو كان أحدهما مشتركاً والآخر خاصاً ، أو كان الدينان متباينين بوجه من الوجوه ، واختلف الطرفان في وجهة الدين ، يعتبر قول المدين في تعيين جهة الدفع . (وهذا الحكم ينطبق في مجموعه مع حكم التقنين المصري : أنظر الأستاذ حسن الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ٢٩٥ - فقرة ٢٩٦) .

تقنين الموجبات والمقود البناني : م ٣٠٧ : إذا كان على المدين الواحد عدة ديون لدائن واحد ، فله ديون أن يصرح عند الإيفاء بالدين الذي يريد لهفاه - وإذا لم يصرح ، فالتأخير للدائن يشرط أن يمد إليه بلا تأخير في سند الإيصال نفسه ، ما لم يعترض عليه المدينون . (وهذا النص ينطبق في حكمه مع نص التقنين المصري في مشروعه التمهيدى) .

م ٣٠٨ : لخيار المدينون بعض القيود : فهو إذا لم يتفق مع الدائن لا يمكنه عند الإيفاء الجزئى أن يحمل هذا الإيفاء لرأس المال قبل أن يوفى القوائد ، ولا أن يفضل إيفاء دين غير مستحق الأداء على دين مستحق . (ويتفق هذا الحكم مع حكم التقنين المصري) .

م ٣٠٩ : إذا يكن هناك تخصيص صريح من قبل أحد المتعاقدين وجب أن يمد الإيفاء مخصصاً بالدين المستحق الأداء لا بالدين الذى لم يحل أجله ، وإذا وجدت عدة ديون مستحقة الأداء فيخصص الإيفاء بالدين الذى يكون من مصلحة المدينون أن يوفيه قبل غيره ، وإلا فبالدين الذى يكون أنقل حشاً من سواء . وعند انتفاء كل سبب آخر للتقدير يشمل الإيفاء الديون على اختلافها بنسبة مقاديرها .

(ويتفق هذا الحكم مع حكم التقنين المصري في مشروعه التمهيدى) .

(١) فلا بد من سبق وجود الدين (استئناف مختلط ٣٠ يناير سنة ١٩٤٠ م ٥٢)

ص ١٢٠) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن الأحكام الخاصة باستئزال الديون لا تسرى إلا في حالة =

وظاهر من النصوص المتقدمة الذكر أن تعيين الدين المدفوع يوكل أولاً للمدين ، ثم للقانون وقد وضع لتعيينه قاعدة الدين الحال الأشد كلفة ، ثم للدائن (١) .

٤٥٣ - تعيين الدين المدفوع بواسطة المدين : لما كان المدين يملك أن يجبر الدائن على استيفاء الدين مادام الوفاء صحيحاً ، فانه إذا تعددت الديون ، ووفى المدين بعضاً منها ، ملك بطبيعة الحال أن يعين أيّاً من هذه الديون هو المدفوع . ذلك أن الدين الذي يعينه يملك كما قدمنا أن يجبر الدائن على استيفائه ، فيملك أن يعين أنه هو الدين المدفوع (٢) .

فالمدين إذن هو الذي يعين الدين المدفوع عند الوفاء ، وكلمته هي العليا في هذا التعيين (٣) . ولكن ذلك مقيد بأن يكون التعيين حاصلًا وقت الدفع ، وبألا يكون هناك مانع اتفاق أو قانوني يحول دون هذا التعيين كما تقول العبارة الأخيرة من المادة ٣٤٤ . ويقوم المانع الاتفاق إذا كان ، عند الدفع ، اتفق الدائن والمدين على أن المدفوع هو دين معين ، فلا يملك أى من المدين ولا الدائن ، بإرادته المنفردة ، أن يعين ديناً آخر (٤) . وكذلك يقوم المانع الاتفاق إذا كان المدين والدائن قد اتفقا مقدماً قبل الوفاء على ترتيب الديون في الدفع ، فيجب حينئذ على المدين أن يسير في دفع ديونه على هذا الترتيب ،

= تلمد الديون التي تكون مستحقة لدائن واحد . أما إذا ترأس دائنون متعددون حل مبلغ واحد قبل أن يحصل عليه أحدهم فعلاً ، فالأمر في ذلك . . يخضع لأحكام التوزيع بين الدائنين أو قسمة للفرما (نقض مدني ٢٨ أبريل سنة ١٩٣٨ مجموعة محر ٢ رقم ١١٧ ص ٢٣٢) .

(١) ولا يجوز أن يترك التعيين لمحض تحكم أحد الطرفين بحسب الظروف (استئناف مخطوط ٣٠ يناير سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ١٢٠) .

(٢) استئناف مخطوط ٥ يونيو سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٣٨٣ .

(٣) وكذلك في تعيين جهة الدفع الكفيل (استئناف مخطوط ٢٦ مايو سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٤٥) .

(٤) استئناف وطني ٢٤ نوفمبر سنة ١٨٩٤ القضاء ١ ص ٢٢٣ — استئناف مخطوط ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٤٤ م ٥٧ ص ٣٣ .

ولا يملك عند الوفاء أن يعين ديناً غير الدين الواجب الدفع وفقاً للترتيب المتفق عليه (١) .

أما المانع القانوني فيقوم في الأحوال الآتية (٢) : (١) لا يجوز للمدين أن يعين جهة الدفع ديناً لم يحل أجله إذا كان الأجل لمصلحة الدائن ، فإن الدائن لا يجبر في هذه الحالة على استيفاء الدين ما دام الأجل لمصلحته ولم يقبل الزول عنه . (٢) ولا يجوز للمدين أن يعين جهة الدفع ديناً أكبر قيمة من المبلغ المدفوع ، لأنه يكون في هذه الحالة قد أجبر الدائن على قبول وفاء جزئي ، والدائن لا يجبر كما قدمنا على قبول الوفاء الجزئي . (٣) ولا يجوز أخيراً ، إذا كان الدين المدفوع يشتمل على فوائد ومصروفات ، أن يجعل المدين المبلغ المدفوع من أصل الدين أولاً قبل المصروفات والفوائد ، فسرى أن الواجب قانوناً في هذه الحالة أن يستزل المبلغ المدفوع أولاً من المصروفات ثم من الفوائد ثم من أصل الدين (٣) .

فاذا لم يوجد مانع اتفاق أو قانوني ، كان للمدين حراً في تعيين الدين المدفوع . فله أن يصرح وقت الوفاء أن الدين الذي يدفعه هو الدين الذي ينتج فوائد دون الدين الذي لا ينتج فوائد طبقاً لمصلحته ، أو أنه الدين المضمون برهن أو كفالة دون الدين غير المضمون . وقد يعين الدين الذي لا ينتج فوائد إذا قدر أن مصلحته في ذلك ، بأن يكون هذا الدين مثلاً مضموناً برهن أو كفالة ، أو بأن تكون مدة التقادم فيه مدة أطول من المدة التي يتقادم بها دين آخر . وقد يعين ديناً ينتج فوائد دون دين مضمون برهن أو كفيل . وزى من ذلك أن المدين ، في تعيينه الدين المدفوع ، ليس مقيداً بمراعاة مصلحة الغير ، فليس عليه أن يقدم في الدفع ديناً يشترك معه فيه مدينون متضامنون ، أو ديناً غير قابل للتجزئة ،

(١) استئناف مخطوط ٣٠ مايو سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١٥٨ — ويجوز الطرفين ، بعد أن اتفقا على تعيين جهة الدفع ، أن يغيرا هذا التعين باتفاق جديد فيعينا ديناً آخر جهة الدفع ، على ألا يكون في ذلك إضرار بالغير . فإذا كان الدين الذي تم الاتفاق عليه أولاً مضموناً بكفيل شخص أو حتى ، وانقضت الكفالة بتعيين هذا الدين جهة الدفع ، لم يجز لطرفين باتفاق جديد أن يعينا ديناً آخر جهة الدفع ، لأن ذلك يترتب عليه إحياء الدين الأول ورجوع الكفالة من جديد فيتضرر الكفيل (أوبري وود ، فقرة ٣٢٠ ص ٢٦١) .

(٢) انظر المذكرة الإيضاحية المشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢١٩ .

(٣) استئناف مخطوط ٢٨ مارس سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٣١٩ .

أو ديناً له فيه كفيل (١). فصلحته ، لامصلحة الغير ، هي التي يرفعها ، وله أن يقدم في الدفع على هذه الديون جميعاً ديناً ينتج فوائد إذ هو أثقل عبثاً عليه (٢) .

٤٥٤ — تعيين المدين المرفوع بواسطة القانون : فإذا لم يعين المدين وقت الدفع أى دين هو الدين المدفوع ، فقد كان المشروع التمهيدى للتعيين المدينى الجليدي يكل التعيين إلى الدائن بشروط معينة (٣) ، ولكن عدل ذلك في لجنة مجلس الشيوخ ، ووكل التعيين إلى القانون ، ما دام المدين وقت الدفع لم يعين بنفسه الدين المدفوع ، وعلى هذا سار التعيين الجليدي .

(١) استئناف مخطوط ١١ يناير سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٨٤ — ٢٦ مايو سنة ١٩٢٢ م ٤٤ ص ٣٤٥ — ٢٦ فبراير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ١٦٨ — ١٠ فبراير سنة ١٩٢٧ م ٤٩ ص ١٠٦ .

(٢) وكل هذا مقيد بالاعتبار في استعمال حقه في تعيين الدين المدفوع إضراراً بحق الغير ، ككفيل شخصي أو حتى (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٠٣ ص ٦١٠) . وقد قلنا أن المدين يجب أن يعين جهة الدفع عند الوفاء لا بعده ، وإلا كانت جهة الدفع هي التي يمينها القانون ، أي الدين الحال الأخذ كلفة على المدين (استئناف مخطوط ١١ يونيو سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٣٧٨ — ٨ مايو سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٣٦٢) .

ومضى عين جهة الدفع ، فلا يجوز له أن يعدل من هذا التعيين ليمين جهة أخرى دون رضا الدائن أو إضراراً بحقوق الغير (استئناف مخطوط ١٤ مارس سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٩٧) . (٣) وقد رأينا أن الفقرة الثانية من المادة ٤٨١ من المشروع التمهيدى كانت تنص على ما يأتي: « فإذا لم يعين المدين الدين ، خصم ما أداه من حساب الدين الذي يمينه الدائن في المخالصة ، إلا إذا اترض المدين فوراً على هذا التعيين ، أو كان التعيين قد صدر من غش أو مباحة من الدائن » (انظر تاريخ نص المادة ٣٤٤ ملحقاً آنفاً فقرة ٤٥٢ في الهامش) . وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في خصوص هذه الفقرة الملغاة ما يأتي: « فإذا لم يعين المدين الدين الذي يريد قضاؤه ، كان للدائن نفسه أن يتولى التعيين في المخالصة مثلاً ، إلا أن هذا التعيين لا يقيه المدين إلا إذا سكت عن الاعتراض عليه . بيد أنه يتعين على الدائن ألا يتوسل بالتدليس أو المباحة لا يثبت هذا السكوت ، أو القبول الضمني بمباشرة أخرى — ويتضح من ذلك أن تعيين المدين ينتج من قبيل ما يتمدد من التصرفات بارادة متفرقة ، في حين أن تعيين الدائن تماثل لايم إلا بتلاقق إرادتين » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢١٩ — ص ٢٢٠) . وهذه الفقرة الملغاة كانت تتضمن الحكم الذي تضمنته المادة ١٢٥٥ من التعيين المدفوع الفرسي (انظر في تفسير هذه المادة في التعيين الفرسي : بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٨٤ — فقرة ١٥٨٧ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٠٤) .

وقد وضع هذا التخصيص قاعدة لتعيين الدين المدفوع في هذه الحالة ، فقرر في المادة ٣٤٥ أنه إذا لم يعين المدين الدين المدفوع ، كان الخصم من حساب الدين الذي حل ، فإذا تعددت الديون الحالة فن حساب أشدها كلفة على المدين (١) .

ونرى من ذلك أن الديون المتعددة إذا كان بعضها قد حل وبعضها لم يحل ، فإن القانون يفترض ، متمشياً في ذلك مع الإرادة الضمنية لكل من الدائن والمدين ، أن الدين المدفوع هو الدين الذي حل . أجله لا الدين الذي لم يحل (٢) ، سواء في ذلك كان الأجل لمصلحة الدائن أو لمصلحة المدين أو لمصلحةهما معاً . والقانون لا يشترط في تأخير الدين المؤجل أن يكون الأجل لمصلحة الدائن إلا في حالة ما إذا تولى المدين وقت الوفاء تعيين الدين المدفوع ، فقد رأينا أنه لا يستطيع أن يعين ديناً لم يحل أجله إذا كان الأجل لمصلحة الدائن .

فإذا تعددت الديون الحالة (٣) ، افترض القانون أن المدين ، وهو الذي يملك في الأصل تعيين الدين المدفوع ، قد دفع الدين الأشد كلفة عليه لأن هذه هي مصلحة . ومعرفة أى الديون أشد كلفة على المدين مسألة واقع تقدرها محكمة الموضوع بلا معقب عليها من محكمة النقض (٤) . والواضح أن الدين الذي ينتج فائدة هو أشد كلفة على المدين من الدين الذي لا ينتج فائدة . وبين الديون

(١) استئناف وطني ٢٣ فبراير سنة ١٨٩٧ الحقوق ١٢ ص ٢٤٩ - ٢٥ فبراير سنة ١٨٩٧ الحقوق ١٢ ص ١٠٦ - استئناف مخطط ٢٧ مايو سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٢٥٨ .

(٢) استئناف مخطط ١٥ أبريل سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٢٧٦ - ذلك أن المفروض هو أن المدين أراد الوفاء بالدين الحال فهو الذي يستطيع الدائن أن يطالب به ، والمفروض كذلك أن الدائن أراد استيفاء الدين الحال فهو الذي يستطيع إجبار المدين على دفعه . ومن ثم لا يصح أن تكون جهة الدفع التزاماً طبعياً ، لأن الالتزام الطبعي لا يمكن إجبار المدين على دفعه . كذلك تكون جهة الدفع هي الدين الحال حتى لو كان هذا الدين لا ينتج فوائد وكان الدين غير الحال هو الذي ينتجها ، ولا مرة هنا بمصلحة المدين أو بالدين الأشد كلفة ما دامت جهة الدفع تعود بين دين حال ودين غير حال (ديمولومب ٢٧ ققرة ٤٦ - ميك ٨ ققرة ٨٤ - بودرى وبارد ٢ ققرة ١٥٨٩) .

(٣) أو كانت الديون كلها لم تحل ، وعندئذ لا مجال لتقديم دين حال ، وإنما يقدم الدين الأشد كلفة على المدين ، لا الدين الذي يحل أولاً ، لأن هذه هي مصلحة المدين تنصرف إليها إرادة المدين المفترضة (بودرى وبارد ٢ ققرة ١٥٩٠ مكررة ثانياً) .

(٤) بودرى وبارد ٢ ققرة ١٥٩٠ مكررة أولاً .

التي تنتج فوائد أشدها كلفة الدين المضمون بكفيل أو برهن أو بأى تأمين آخر ، لأن المدين إذا وفى هذا الدين لم يقتصر على إبراء ذمته نحو الدائن ، بل هو يبرىء ذمته فى الوقت ذاته نحو الكفيل أو هو يفك الرهن أو يزيل التأمين (١) . وكذلك الدين المضمون بدعوى فسخ ، كضمن المبيع ، أشد كلفة من الدين المطلق غير المضمون بهذه الدعوى ، كدين قرض غير مضمون بتأمين . والدين الذى لا يتقدم إلا بمدة طويلة أشد كلفة من الدين الذى يتقدم

(١) استئناف مخطوط ١٤ يونيو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤٢٩ - ١٣ مايو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٩١ - وانظر أيضاً المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٢٢ . أما إذا كان الدين مضموناً فى جزء منه دون الجزء الآخر ، فإن جهة الدفع تنصرف إلى الجزء غير المضمون . ذلك أن الدائن ما كان ليقبل الوفاء الجزئى ، وهو لا يجبر عليه ، لو أن الوفاء وقع على الجزء المضمون . فهو إذا قبل هذا الوفاء الجزئى ، فلهذا يستثنى به الجزء غير المضمون من الدين ، مستقيماً الجزء المضمون إذ هو موثق بالضمان (انظر فى هذا المعنى بلاكبول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٠٦ - بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٥٣٣ - بلاكبول وريبير وبولانجي ٢ فقرة ١٥٩٠) . وقد ورد فى المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « وقد يقع أن يكون شق من الدين مضموناً بتأمين خاص ، وفى هذه الحالة يخضع ما يؤدى من حساب هذا الشق أو من حساب الشق المضمون وفقاً لنية المتصدقين . فإذا لم تكن نية صريحة أو ضمنية ، فالمفروض أن الدائن لا يقبل الوفاء الجزئى إلا على أن يخضع من حساب الشق غير المضمون . وقد أمرتني الالتزامات السويسرية هذا الحكم ، فنص فى الفقرة الثانية من المادة ٨٥ على أنه : إذا كان الدائن قد حصل على كفالة أو رهن أو أى تأمين آخر لضمان شق من الدين ، فليس المدين أن يخضع الوفاء الجزئى من حساب الشق المضمون من هذا الدين أو من حساب الشق الأخرى ضماناً منه » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢١٧) . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا كان الدين مكفولاً فى جزء منه ، فإن جهة الدفع فى الوفاء الجزئى إنما تنصرف إلى الجزء غير المكفول (استئناف مخطوط ٢١ نوفمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٥٧) . حل أن هذا الحكم مقصور على ما إذا كان الدين مضموناً فى جزء منه . أما إذا كان هناك دينان مستقلان أحدهما من الآخر ، وكان دين منهما مضموناً والآخر غير مضمون ، فجهة الدفع تنصرف إلى الدينين المضمونين ، لأن المدين كان يستطيع إجبار الدائن على استيفاء هذا الدين ، بخلاف الجزء المضمون من الدين فلم يكن المدين يستطيع إجبار الدائن على استيفائه إذ يكون هذا وفاء جزئياً لا يجبر الدائن على قبوله . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا كان هناك دينان مستقلان أحدهما مكفول والآخر غير مكفول ، كان الوفاء للدين المكفول (استئناف مخطوط ٢٤ مارس سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٠٦) . وقضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن الدين المكفول أشد كلفة (٢٨ يناير سنة ١٨٩٧ القضاء ٤ ص ٢٤٩) - وقضت أيضاً بأن الدين المضمون بحق اغتصاص أشد كلفة (١٣ مارس سنة ١٩١٤ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ١٠٦ ص ٢٠٢) .

عمدة قصيرة . والدين الثابت في سند تنفيذى أشد كلفة من الدين الذى ينقصه هذا السند (١) . على أن تقدير أى الديون هو أشد كلفة على المدين يرجع فيه إلى ظروف المدين ذاتها ، ومن ثم يكون الأمر موكولا إلى محكمة الموضوع كما تقدم القول .

٤٥٥ - تعيين الدين المرفوع بواسطة الدائن : فإذا تعددت الديون

الحالة ، وتعادلت جميعاً في عبئها على المدين فلم يمكن استخلاص أبها أشد كلفة عليه ليكون هو الدين المدفوع ، فقد جعل القانون القول في تعيين الدين المدفوع للدائن ، إذ تقول العبارة الأخيرة من المادة ٣٤٥ مدنى : « فإذا تساوت الديون في الكلفة فمن حساب الدين الذى يعينه الدائن » . والمفروض في ذلك أن المدين لم يعين وقت الوفاء الدين المدفوع ، ولم يكن هناك ترتيب متفق عليه بينه وبين الدائن ، وقد تساوت الديون في الحلول وتعادلت في العبء على المدين . فوكل القانون للدائن في هذه الحالة أن يعين الدين المدفوع ، بعد أن تخلى المدين عن هذه المهمة ولم تكن له مصلحة ظاهرة في أن يعين ديناً دون آخر ، إذ قد يكون للدائن مصلحة في استيفاء دين دون آخر . وتعين الدائن الدين المدفوع لا يكون وقت الوفاء بل يكون بعد ذلك ، فقد قدمنا أن المدين

(١) كذلك الدين المضمون بشرط جزائى أشد كلفة من الدين غير المضمون بهذا الشرط ، والدين المرفوع به دعوى أشد كلفة من دين لم يطالب به الدائن ، ودون نزاع فيه أشد كلفة من دين فيه نزاع (انظر في هذا كله : استئناف غخطط ه نوفبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٥ - ٢٩ نوفبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٢٣ - تولى ٧ فقرة ١٧٩ - درانتون ١٢ فقرة ١٩٩ - لوران ١٧ فقرة ٦٠٢ - بودى وبارد ٢ فقرة ١٥٩٠) - وانظر المذكورة الإيضاحية المشروح التمهيدى في مجموعة الأعمال التصديرية ٣ ص ٢٢٢ .

ومع ذلك فقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه إذا كان المدين عليه دينان يتضمنان في أحدهما مع الغير ، فالدين الأشد كلفة هو الدين الآخر ، لأن الدين التضامنى قد لا يقصد هو أولاً في الوفاء به (٢٠ فبراير سنة ١٩٠٢ المجموعة الرسمية ٣ رقم ٩٥ ص ٢٥٠) .

وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا دفع المستأجر بعض الأقساط المتأخرة ، فالمفروض أن الدائن لم يقبل الوفاء إلا عسباً من الأقساط الأقدم ، ما لم يثبت المدين غير ذلك (١١ ديسمبر سنة ١٨٩٠ م ٣ ص ٨٣) .

هو الذى يعين الدين المدفوع وقت الوفاء ، فان لم يعينه فى هذا الوقت تكفل القانون بتعيينه وفقاً للقواعد التى أسلفناها . ثم يأتى دور الدائن فى التعيين أخيراً ، أى بعد وقت الوفاء لافى هذا الوقت .

وقد كان المشروع التمهيدى يجعل الخصم فى الحالة التى نحن بصدددها من الديون جميعاً بنسبة كل منها ، وهذا هو الحكم الذى سار عليه التقنين المدنى الفرنسى فى المادة ١٢٥٦ ، ولكن لجنة مجلس الشيوخ عدلت عن هذا الحكم إلى جعل التعيين للدائن (١) .

والتعيين فى هذه الحالة يكون للدائن ، دون اعتبار لتقديم الدين أو لحداثته (٢) ، ودون اعتبار لميعاد حلوله (٣) ، أما التقنين المدنى الفرنسى (م ١٢٥٦) فيجعل الدين المدفوع هو الدين الأقدم (la dette la plus ancienne) ، أى السابق فى الوجود لا السابق فى الحلول ، فإذا تساوت الديون فى الوجود جعل التقنين المدنى الفرنسى الخصم من الديون جميعاً بنسبة كل منها كما قلعنا (٤) .

(١) وقد رأينا أن المبرة الأخيرة من المادة ٨٢ من المشروع التمهيدى كانت تجرى على الوجه الآتى : « فإذا تساوت الديون فى الكلفة ، فن هذه الديون جميعاً بنسبة كل منها » (انظر تاريخ نص المادة ٣٤٥ آنفاً فقرة ٤٥٢ فى الحاشى) . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى فى خصوص هذه المبرة ما يأتى : « فإن لم تتفاوت فى الشدة فن حساباً جميعاً بنسبة كل منها . وغنى عن البيان أن هذه القوانين تتشبه مع المعقول ، وهى بعد مقرر فى نصوص التقنين الحال (السابق) . وقد وردت فى نصوص بنص التقنينات قرآن أخرى ، منها ما يجعل البداة للدين الأقل ضماناً ، ومنها ما يجعلها للدين الأقدم لشراً أو استحقاقاً ، ولكن هذه القوانين تتهدف جميعاً لنقد من وجوه » (مجموعة الأعمال التصديرية ٣ ص ٢٢٢) .

(٢) قارن : استئناف مخطوط ١٩ مايو سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ١٩٩ - ومع فقد قضت محكمة استئناف مصر فى عهد التقنين المدنى السابق أن الديون التى المدين زيادة منقطة فى وفائها الديون التى قد يجبر على أدائها بالمجلس أو الديون المقرر عليها فائدة أكبر أو التى لها حق امتياز أو حق رهن . ومن المقرر أيضاً أنه فى حالة تعارض جملة ديون ، للمدين زيادة منقطة فى أدائها ، يجب أن يحصل الاستنزاف من أنفسها (٢٠ نوفمبر سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ٤٣ ص ٦٤) . انظر أيضاً : استئناف مخطوط ٤ فبراير سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ١٠٥ - ٢٥ مايو سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٤٥ - وقارب : ٥ مايو سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٥٢ .

(٣) انظر : استئناف مخطوط ١١ يونيو سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٣٧٨ .

(٤) انظر بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٩٣ - فقرة ١٥٩٤ - بلانويك وروبيرو

المبحث الثاني

ما يتبع الشيء الموفى به من ملحقات

٤٥٦ - الفوائد والمصروفات ونفقات الوفاء - النصوص القانونية:

وقد يتبع الشيء الموفى به ملحقات ، وهذه هي الفوائد والمصروفات ، ولا بد من وفائها مع أصل الدين على نحو معين نص عليه القانون . كذلك يحمل القانون للمدين نفقات الوفاء ، فلا بد من دفعها مع الدين ذاته . ونورد هنا النصوص القانونية الخاصة بهذه المسائل :

تنص المادة ٣٤٣ من القانون المدني على ما يأتي :

« إذا كان المدين ملزماً بأن يوفى مع الدين مصروفات وفوائد ، وكان ما أداه لا يفي بالدين مع هذه الملحقات ، خصم ما أدى من حساب المصروفات ، ثم من الفوائد ، ثم من أصل الدين ، كل هذا ما لم يتفق على غيره (١) » .

- ولا يكون دليلاً على تقديم دين في الدفع أن يكون المبلغ المدفوع معادلاً لهذا الدين (بودرى وبارد ٢ بقرة ١٥٩٢) .

ويلاحظ أن المادة ١٨٤٨ مدني فرنسي تنص بأنه إذا كان الشريك هو والشركة معاً دائنين للمدين واحد ، وقبض الشريك مبلغاً من المدين ، وجب أن يضم هذا المبلغ من الدين الذي له والدين الذي لشركة بنسبة مقدار كل منهما ، حتى لو كتب في الخاتمة أن المبلغ كله يضم من الدين الذي له . أما إذا كتب أن المبلغ كله يضم من الدين الذي للشركة ، صح ذلك . ويرى هذا الحكم في شأن كل نائب يكون هو والأصيل دائنين لمدين واحد (بنسار Ponsard في أنيكلويدى دالوز ٣ لفظ paiement بقرة ٢٢٣) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٤٨٠ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق

لما استقر عليه في التفتين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٥٥ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب ، لمجلس الشيوخ تحت رقم ٣٤٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢١٦ - ص ٢١٨) .

ويقابل هذا النص في التفتين المدني السابق المادة ١٧٣/٢٣٦ ، وكانت تجري على الوجه الآتي : « يبدأ الاستئصال بالمصاريف والفوائد قبل الخصم من رأس المال » . وهو حكم مطابق لحكم التفتين المدني الجديد .

وتنص المادة ٣٤٨ على ما يأتي :

« تكون نفقات الوفاء على المدين ، إلا إذا وجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك (١) » .

٤٥٧ - الفوائد والمصروفات : إذا تضمن الشيء الموفى به ملحقات - وأكثر ما تكون هذه الملحقات هي القوائد والمصروفات - أصبح الدين

— ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٣٤٠ (وهي مطابقة لمادة ٣٤٣ من التقنين المدني المصري) — وفي التقنين المدني الليبي المادة ٣٣٠ (وهي أيضاً مطابقة لمادة ٣٤٣ من التقنين المدني المصري) — وفي التقنين المدني العراقي المادة ٢/٣٩٢ (وهي كذلك مطابقة لمادة ٣٤٣ من التقنين المدني المصري) — وفي تقنين الموجبات والقود البنائي المادة ٣٠٨ ، وتجري حل الوجه الآتي : « تلتزم المديون بمض القيدود : فهو إذا لم يتفق مع الدائن لا يمكنه عند الايفاء الجزئي أن يحمل هذا الايفاء لرأس المال قبل أن يوفى القوائد . . . » (والحكم متفق مع حكم التقنين المصري ، وإن أغفل ذكر المصروفات ، ولكن المصروفات تدفع قبل القوائد طبقاً للقواعد العامة) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٤٨٥ من المشروع التمهيدى حل الوجه الآتي : « تكون نفقات الوفاء على المدين ، إلا إذا وجد اتفاق يقضي بغير ذلك . حل أنه إذا زادت هذه النفقات لسبب يرجع إلى الدائن ، فهو الذي يتحمل هذه الزيادة » . وفي لجنة المراجعة حلفت المراجعة الأخيرة من المادة لأنها « حكم تفصيل مستفاد من القواعد العامة » . وأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وأصبح رقمه ٣٦٠ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٣٤٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٣٠ — ص ٢٣١) .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ٢٣٤/١٧١ ، وكانت تجري حل الوجه الآتي : « مصاريف الوفاء تكون على المصنف » . وهو حكم متفق مع حكم التقنين المدني الجديد . ويقابل هذا النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٣٤٦ (وهي مطابقة لمادة ٣٤٨ من التقنين المدني المصري) — وفي التقنين المدني الليبي المادة ٣٣٥ (وهي أيضاً مطابقة لمادة ٣٤٨ من التقنين المدني المصري) — وفي التقنين المدني العراقي المادة ٣٩٨ ، وتجري حل الوجه الآتي : « نفقات الوفاء على المدين ، إلا إذا وجد اتفاق أو عرف أو نص يقضي بغير ذلك » . والحكم متفق مع حكم التقنين المصري — وفي تقنين الموجبات والقود البنائي المادة ٣٠٤ ، وهي تجري حل الوجه الآتي : « تكون نفقات الايفاء على حائز المديون » . والحكم متفق مع حكم التقنين المصري ، وما ورد في هذا التقنين الأخير من جواز الاتفاق أو النص على ألا تكون نفقات الايفاء على حائز المدين يحمل به دون شك في لبنان ، دون حاجة إلى نص خاص ، لأنه تطبيق للقواعد العامة .

وملحقاته كلا لا يقبل التجزئة ، ولم يحز للمدين بغير رضاء الدائن أن يوفى بأصل الدين وحده أو بالفوائد وحدها أو بالمصروفات وحدها ، فإن هذا كله يكون وفاء جزئياً لا يجبر الدائن على قبوله . بل يجب على المدين ، إذا كان أصل الدين قد حل مع فوائده ، أن يدفع الدين والفوائد والمصروفات جميعاً في وقت واحد لأن هذا كله دين واحد لا يتجزأ عند الوفاء (١) .

على أن الدائن قد يقبل من المدين وفاء جزئياً ، وفي هذه الحالة ، إذا لم يوحد اتفاق على ترتيب آخر ، ينضم المبلغ المدفوع من الدين وفوائده ومصروفاته على الترتيب الآتي : (١) ينضم أولاً من المصروفات (٢) . (٢) فإن بقي شيء من المبلغ المدفوع بعد الوفاء بالمصروفات ، خصم من الفوائد (٣) . (٣) فإن بقي بعد ذلك شيء من المبلغ المدفوع ، خصم من أصل الدين (٤) . تلك هي مصلحة الدائن ، والمفروض أن الدائن لم يقبل الوفاء الجزئي إلا وفقاً لمصلحته هو لا وفقاً لمصلحة المدين (٥) .

٤٥٨ — نفقات الوفاء : ونفقات الوفاء غير نفقات الدين ، فهذه قد صرفت في سبيل إنشاء الدين ، أما الأولى فقد صرفت في سبيل الوفاء به . والاثنتان يتحملهما المدين ، ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك . وعلى المدين أن يفي بالدين وفوائده ومصروفاته ومصروفات الوفاء جملة واحدة ، فإذا لم

(١) وهذا بخلاف ما إذا كانت هناك ديون متعاقبة ، كالتساقط أو أجرة من مدة متتالية ، فالديون هنا متعددة ، ويجوز للمدين إجبار الدائن على استيفاء كل منها على حدة (انظر آتياً فقرة ٤٥٠) .

(٢) استئناف مخطط ٣١ يناير سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ٣٥ — وتشمل المصروفات نفقات فلك الزمن الفيلسوف المدين المدفوع (استئناف مخطط ٣٠ ديسمبر ١٩١٥ م ٢٨ ص ٨٥ — بودري وبارد ٢ فقرة ١٥١٤ مكررة ثالثاً) .

(٣) وتشمل الفوائد التأخيرية منها والتعويضية (بودري وبارد ٢ فقرة ١٥٨٠) .

(٤) المذكرة الايضاحية المشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢١٧ .

(٥) استئناف مخطط ٩ مارس سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ١٦٥ — ١٩ يناير سنة ١٨٩٣ م ٥ ص ١١٧ — وإذا دفع المدين مبلغاً يخصه من المصروفات والفوائد ، وزاد المبلغ المدفوع على ما هو مستحق من ذلك ، خصم الزائد من أصل الدين فلا يسترده المدين (بودري وبارد ٢ فقرة ١٥٨٢ ص ٦٨٦) .

يوف بها كاملة لم يجبر الدائن على قبول هذا الوفاء الجزئي .
ومن أمثلة نفقات الوفاء نفقات إرسال الدين إلى الدائن ، ونفقات المخالصة ،
ونفقات الشيك أو حوالة البريد ، ونفقات الوزن والعد والكيل ، فهذه كلها
يتحملها المدين ما لم يصفى على أن الدائن هو الذى يتحملها (١) .
وكما قد يقضى الاتفاق بأن تكون نفقات الوفاء على الدائن ، كذلك قد
يقضى القانون بهذا . مثل ذلك حالة ما إذا عرض المدين على الدائن الدين
عرضاً حقيقياً وأودعه على ذمته ، فإن نفقات العرض والإيداع تكون على
الدائن : انظر المادة ٣٣٥ مدني وقد سبق ذكرها (٢) .

الفرع الثانى

الزمان والمكان اللذان يتم فيهما الوفاء

المبحث الأول

الزمان الذى يتم فيه الوفاء

٤٥٩ — النصرة القانونية : تنص المادة ٣٤٦ من القانون المدنى

على ما يأتى :

- (١) المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٣٠ —
بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥١٢ — بلانويول وريير ودوان ٧ فقرة ١١٦٥ ص ٥٦٧ —
وإذا كانت نفقات التسليم على المدين ، فإن نفقات التسليم على الدائن (بودرى وبارد ٢ فقرة
١٥١٣) . فإذا كان الدين واجب الدفع فى موطن المدين ، فإن نفقات إرساله إلى موطن
الدائن تكون على الدائن (استئناف مخطوط ٨ مارس سنة ١٩٤٣ م ٥٦ ص ٨) .
(٢) ومثل ذلك أيضاً ما إذا زادت النفقات لسبب يرجع إلى الدائن ، فإن القانون يقضى فى
هذه الحالة بأن الدائن هو الذى يتحمل هذه الزيادة لأنه هو المتسبب فيها بخطئه . فإذا أضرع الدائن
الشيك الذى حرره له المدين ، واقتضى الأمر الإعلان عن الشيك المبالغ وتمحيره شيك جديد ،
فإن المصروفات الزائدة تكون على الدائن . وقد كان المشروع التمهيدى يشمل حل عبارة فى هذا
المعنى حذفت فى لجنة المراجعة اكتفاء بتطبيق القواعد العامة (انظر تاريخ نص المادة ٣٤٨
آتفاً فقرة ٤٥٦ فى الخامس) .

١ - يجب أن يتم الوفاء فوراً بمجرد ترتيب الالتزام نهائياً في ذمة المدين ، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك .

٢ - على أنه يجوز للقاضي في حالات استثنائية ، إذا لم يمنعه نص في القانون ، أن ينظر المدين إلى أجل معقول أو آجال ينفذ فيها التزامه ، إذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم (١) .
ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ١٦٨/٢٣١ (٢) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٣٤٤ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٣٣٣ - وفي التقنين المدني العراقي

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٨٣ من المشروع التمهدي للوجه الآتي :

« يجب أن يتم الوفاء فوراً بمجرد ترتيب الالتزام نهائياً في ذمة المدين ، ما لم يوجد اتفاق أو نص بغير ذلك ، ومع مراعاة ما للقاضي من حق في إهمال المدين » . وفي لجنة المراجعة جعلت المادة من فقرتين ، وعصمت الفقرة الثانية لنظره الميسرة ، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وأصبح رقمه ٣٥٨ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب . وفي لجنة مجلس الشيوخ اعترض على الفقرة الأولى بأنها تخم الوفاء فوراً بمجرد ترتيب الالتزام نهائياً في ذمة المدين ، مع أنه من الجائز أن يترتب للمدين في ذمة المدين ولكن لا يجل أجله بسبب تعلقه بشرط أو أجل . فأجيب على هذا الاعتراض بأن العبارة الأخيرة من الفقرة الأولى قد واجهته لأنه إذا وجد اتفاق معلق على شرط أو مقرون بأجل فلا يتعم الوفاء إلا بعد حلول الأجل أو تحقق الشرط . ثم اعترض على الفقرة الثانية بأنها تمنح للقاضي رخصة منح أجل للمدين لوفاه بالتزامه إذا لم يلحق الدائن من هذا الأجل ضرر جسيم ، فالتص على قيد الضرر الجسيم يلحق الرخصة التي أعطيت للقاضي في منح المدين حسن نية من الملاحظ أجلاً للسداد ، ويحسن ترك الأمر للقاضي يقارن بين مصلحة الدائن ومصلحة المدين في هذه الحالة . فأجيب على الاعتراض بأن تأخير الوفاء إلى أجل قد يضر بالدائن ضرراً جسيماً ، كأن يكون ممولاً على استيفاء هذا الدين وإلا كان معرضاً للإفلاس ، وفي مثل هذه الحالة تكون قد أصابتها صاحب الحق بضرر جسيم وفقاً للمدين المطالب بالالتزام . ووافقت اللجنة على بقاء المادة دون تعديل ، وأصبح رقمها ٣٤٦ ، ثم وافق عليها مجلس الشيوخ دون تعديل (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٢٥ - ص ٢٢٦) .

(٢) التقنين المدني السابق : ٢٣١/١٦٨ م : يجب أن يكون الوفاء على الوجه المتفق عليه

بين المتعاقدين ، وأن يحصل في الوقت والمحل للمدين ، وألا يكون ببض المستحق . إنما يجوز للقضاة في أحوال استثنائية أن يأذنوا بالوفاء على أقساط بمباد لائق ، إذا لم يترتب على ذلك ضرر جسيم لرب الدين . (والحكم متفق مع حكم التقنين المدني الجديد) .

المادتين ٣٩٤ - ٣٩٥ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المواد ٣٠٣ و ١١٥ - ١١٦ (١) .

٤٦٠ - الأصل في الالتزام أنه يؤول فوراً : الأصل أن الالتزام متى ترتب في ذمة المدين على وجه بات نهائي ، فإنه يكون واجب الأداء فوراً . ففي عقد البيع يترتب في ذمة المشتري التزام بدفع الثمن ، ويترتب في ذمة البائع التزام بتسليم الشيء المبيع ، وكلا الالتزامين يترتبه في ذمة المدين يكون واجب الأداء في الحال ، فالم يتفق المتعاقدان على غير ذلك . ولا يعتبر الالتزام قد ترتب نهائياً في ذمة المدين إذا كان معلقاً على شرط

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري : م ٣٤٤ (مطابقة للمادة ٣٤٦ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني الليبي : م ٣٣٣ (مطابقة للمادة ٣٤٦ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي : م ٣٩٤ : ١ - إذا أجل الدين أو قسط إلى أقساط معلومة ، فلا يجوز للدائن مطالبة المدين بالدين أو بالقسط قبل حلول أجله . ٢ - فإذا لم يكن الدين مؤجلاً ، أو حل أجله ، وجب دفعه فوراً . ومع ذلك يجوز للمحكمة عند الضرورة ، إذا لم يمنحها نص في القانون ، أن تنظر المدين إلى أجل مناسب إذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من هذا ضرر جسيم . م ٣٩٥ : ١ - إذا كان الدين مؤجلاً ، فللمدين أن يدفعه قبل حلول الأجل إذا كان الأجل متصففاً لمصلحته ، ويجب للدائن حل القبول . ٢ - فإذا قضى المدين الدين قبل حلول الأجل ، ثم استحق المقبوض ، عاد الدين كما كان .

(وهذه الأحكام متفقة مع أحكام التقنين المدني المصري : انظر الأستاذ حسنة اللنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ٣٠٠) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني : م ٣٠٣ لا يجوز إجبار الدائن على قبول الإيفاء قبل الأجل إلا إذا كان موضوعاً لمصلحة المدينين وحده - وإذا لم يكن هناك أجل معين أو مستفاد ضمناً من ماهية القضية ، فيمكن تنفيذ الموجب وطلب هذا التنفيذ بلا تأخير - ويجب التنفيذ في يوم الاستحقاق مع مراعاة أحكام المادة ١٠٥ (المادة ١٠٥ : إذا كان الاستحقاق واقعاً في يوم مطلة قانونية ، أدرجه إلى اليوم التالي الذي لا مطلة فيه) .

م ١١٥ : للقاضي أن ينظر بين الاختيار إلى حالة المدينين إذا كان حسن النية ، فيمنحه مع الاحتياط الشديد مهلاً معتدلة لإيفاء الموجب ، ويأمر بتوقيف المداهمة مع إبقاء كل شيء على حاله ، ما لم يكن ثمة نص قانوني مخالف .

م ١١٦ : خلافاً للأجل القانوني لا يجوز للأجل المشروح دون إجراء المقاصة عند الانقضاء . (وهذه الأحكام متفقة مع أحكام التقنين المصري) .

واقف ، بل يجب انتظار تحقق الشرط . فإذا ما تحقق ، فقد أصبح الالتزام نافذاً في الحال ، ووجب أدائه فوراً . أما الالتزام المعلق على شرط فاسخ ، فهو نافذ في الحال ، ويجب أدائه فوراً . وقد سبق بيان ذلك عند الكلام في الشرط وفي الأجل .

٤٦١- متى يترافق الوفاء بالالتزام - انقضاء أو نص في القانون:

وتقرر الفقرة الأولى من المادة ٣٤٦ مدني ، كما رأينا ، فورية أداء الالتزام ، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك .

أما الاتفاق فيقع كثيراً ، وبموجبه يكون الالتزام واجب الأداء بعد تربيته في ذمة المدين لمدة معينة ، وهذا ما يسمى بالأجل الواقف (١) ، وقد سبق بحثه تفصيلاً عند الكلام في الأجل .

وأما نص القانون لثله ميعاد استحقاق الفوائد التأخيرية ، فقد نصت المادة ٢٢٦ مدني على أنه : « إذا كان محل الالتزام مبلغاً من النقود ، وكان معلوم المقدار وقت الطلب ، وتأخر المدين في الوفاء به ، كان ملزماً بأن يدفع للدائن على سبيل التعويض عن التأخر فوائد قدرها ٤٪ في المسائل المدنية و ٥٪ في المسائل التجارية . وتسري هذه الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية بها ، إن لم يحدد الاتفاق أو العرف التجاري تاريخاً آخر لسريانها ، وهذا كله ما لم ينص القانون على غيره » . فيعمد استحقاق الفوائد التأخيرية قد عينه القانون هنا ، وهو وقت المطالبة القضائية بهذه الفوائد ، ومن هذا الوقت ترتب الفوائد في ذمة المدين ويجب الوفاء بها فوراً يوماً بيوم .

ومثل آخر لنص في القانون يعين وقت الوفاء بالالتزام النص الخاص ببلغ أجره المحكّر . فقد نصت المادة ١٠٠٣ مدني على ما يأتي : ١ - على المحكّر

(١) والمفروض فيه أنه لمصلحة المدين ، فيجوز له التزول عنه والوفاء بالالتزام فوراً ، إلا إذا تبين من الظروف أنه لمصلحة الطرفين معاً ، ففي هذه الحالة لا يجوز للمدين أن يرفق الالتزام ولا الدائن أن يطلب استيفاءه إلا عند حلول الأجل (استئناف مخطط ١٤ أبريل سنة ١٩٤٩ م ٦١ ص ٩٥) . وقد تقدم بيان ذلك عند الكلام في الأجل .

أن يؤدي الأجرة المتفق عليها إلى المحكر . ٢ - وتكون الأجرة مستحقة الدفع في نهاية كل سنة ، ما لم ينص عقد التحكير على غير ذلك .

وقد يكل القانون تحديد وقت الوفاء إلى العرف ، كما فعل في تحديد مواعيد دفع الأجرة . فقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٥٨٦ مدنى على أنه : يجب على المستأجر أن يقوم بوفاء الأجرة في المواعيد المتفق عليها ، فإذا لم يكن هناك اتفاق وجب وفاء الأجرة في المواعيد التي يعيها عرف الجهة .

٤٦٢ - تحديد القاضى وقت الوفاء - نظرة الميسرة (*) : وكما

يتكفل الاتفاق أو القانون أو العرف بتحديد وقت الوفاء ، كذلك القاضى قد يقوم هو نفسه بتحديد ميعاد الوفاء إذا أعطى للمدين أجلاً أو أجلاً ينى فيها بالدين . وهذا ما يسمى بنظرة الميسرة (délai de grâce) .

وقد وضعت الفقرة الثانية من المادة ٣٤٦ مدنى المبدأ العام والشروط الواجب توافرها لنظرة الميسرة ، وستفصل ذلك فيما يلى . وطبقت المادة ٩٨٢ مدنى نظرة الميسرة تطبيقاً خاصاً فيما يتعلق باسترداد المصروفات ، فنصت على أنه : يجوز للقاضى بناء على طلب المالك أن يقرر ما يراه مناسباً للوفاء بالمصروفات المنصوص عليها في المادتين السابقتين . وله أن يقضى بأن يكون الوفاء على أقساط دورية بشرط تقديم الضمانات اللازمة . ولذلك أن يتحلل من هذا الالتزام إذا هو عاجل مبلغاً يوازى قيمة هذه الأقساط مخصوماً منها فوائد لها بالسعر القانونى لغاية مواعيد استحقاقها . وطبقت المادة ٩٢٧ مدنى نفس الحكم في التعويض

* مراجع : لابات (Labatut) في نظرة الميسرة رسالة من تولوز سنة ١٩٢٧ - جودان دى لاجرانج (Gandin de Lagrange) في أزمة العقد ومهمة القاضى رسالة من مونبلييه سنة ١٩٣٥ - ميلويك (Milosc) رسالة من باريس سنة ١٩٣٦ - دفو (Deveau) في نظرة الميسرة في الشقين المدنى وفى التشريع المعاصر رسالة من باريس سنة ١٩٣٧ - بانزييه (Pansier) في نظرة الميسرة رسالة من مونبلييه سنة ١٩٣٧ - سارا كاربه (Sarah Carré) رسالة من باريس سنة ١٩٣٨ - رولان تكسييه (Roland Texier) في نظرة الميسرة رسالة من باريس سنة ١٩٣٨ - لورين (Laurain) في نظرة الميسرة وتقرير الديون رسالة من بوردو سنة ١٩٤٠ .

المستحق لمن أقام منشآت بمواد من عنده على أرض مملوكة للغير .
ونبحث نظرة الميسرة في مسائل ثلاث : (١) شروط منح القاضى لنظرة
الميسرة (٢) الآثار التى تترتب على نظرة الميسرة (٣) سقوط الأجل في نظرة
الميسرة (١) .

٤٦٣ — شروط منح القاضى لنظرة الميسرة : يتبين من نص الفقرة
الثانية من المادة ٤٣٦ مدنى أن هناك شروطاً أربعة ، إذا توافرت جاز للقاضى
أن يمنح المدين نظرة الميسرة . ويتبين أيضاً أن الأمر في نظرة الميسرة يرجع
إلى تقدير قاضى الموضوع ، وأن القاضى قد يمنح المدين نظرة الميسرة سواء أثناء
نظر الدعوى التى يرفعها الدائن على المدين يطالبه بالدين أو أثناء إجراءات التنفيذ
التي يباشرها الدائن بموجب سند رسمى ، وأن جواز منح القاضى لنظرة الميسرة
أمر من النظام العام لا يجوز الاتفاق على سلب القاضى إياه .
أما الشروط الأربعة الواجب توافرها حتى يجوز للقاضى منح المدين نظرة
الميسرة فهي :

(١) أن تكون حالة المدين تستدعى أن يمنحه القاضى نظرة الميسرة . فيجب
أن يكون حسن النية في تأخره في الوفاء بالتزامه ، بأن يكون عاثر الحظ لا متعمداً
عدم الوفاء ولا مقصراً في ذلك . ولا يجوز أن يكون معسراً ، وإلا فلا جدوى
من منحه هذه النظرة . بل يجب أن يكون عنده من المال ما يكتفى للوفاء بالتزامه ،
وليس في مقدوره مؤقتاً أن يبيع هذا المال ليقوم بالوفاء ، كأن يكون المال عقاراً
أو منقولاً يتعذر بيعه في الحال ، فيطلب المدين مهلة حتى يتسع له الوقت اللازم
لذلك . أو يكون للمدين موارد يقتضيها في مواعيد متعاقبة ، كأجر عمله أو ريع
ملكه ، وهى كافية للوفاء لو قسط القاضى عليه الدين (٢) .

(١) انظر في تاريخ نظرة الميسرة في القانون الفرنسى القديم وكيف انتقلت إلى التقنين المدنى
الفرنسى بودى وبارد ٢ فقرة ١٤٨٢ — فقرة ١٤٨٤ .
(٢) ويقول بودى وبارد إن الناصر الرئيسية التى يقدر القاضى بمقتضاها حالة المدين ،
ليتعرف هل تستدعى هذه الحالة نظرة الميسرة ، هى حسن نية المدين ، ورغبته في الوفاء بدينه ،
وأن الضيق الذى أحاط به أمر موقت ، وأن موارد كافية في النهاية للوفاء بدينه ، وأنه يتخذ من

(٢) ألا يصيب الدائن من جراء منح المدين نظرة الميسرة ضرر جسيم . فإذا كان في نظرة الميسرة ما يصيب الدائن بضرر جسيم ، كأن يكون قد اعتمد على استيفاء الدين لئى هو ديناً عليه لا يستطيع التأخر في الوفاء به ، أو كانت نظرة الميسرة تفوت عليه صفقة يعود فوائدها عليه بضرر جسيم ، فليس من العدل إغاثة المدين عن طريق الإضرار البالغ بالدائن (١) .

(٣) ألا يقوم مانع قانونى من نظرة الميسرة . ومن النصوص القانونية التى محول دون منح نظرة الميسرة ما نصت عليه المادة ١٥٨ مدنى من أنه « يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائى عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه ، وهذا الاتفاق لا يعنى من الإعذار إلا إذا اتفق المتعاقدان صراحة على الإعفاء منه » . وفى هذه الحالة لا يجوز للقاضى أن يمنح المدين أجلاً للوفاء . ومثل ذلك أيضاً ما نصت عليه المادة ٤٦٦ مدنى من أنه « فى بيع العروض وغيرها من المتقولات ، إذا اتفق على ميعاد لدفع الثمن وتسلم المبيع ، يكون البيع مفسوخاً ، دون حاجة إلى إعدار ، إن لم يدفع الثمن عند حلول الميعاد ، إذا اختار البائع ذلك ، وهذا ما لم يوجد اتفاق على غيره » . فهذا النص يمنح القاضى من منح المشتري نظرة الميسرة إن تأخر فى دفع الثمن عند حلول الميعاد . ومثل ذلك أخيراً ما نص عليه التقنين التجارى من عدم جواز منح نظرة الميسرة للمدين بموجب كيبالة ، فقد نصت المادة ١٥٦ من هذا التقنين على أنه « لا يجوز للقضاة أن يعطوا مهلة بدفع قيمة الكيبالة » . ويسرى هذا الحكم أيضاً على السندات الإذنية والسندات لحاملها (م ١٨٩ تجارى) .

(٤) أن يكون الأجل الذى يمنحه القاضى للمدين في نظرة الميسرة أجلاً

« من التدابير ما يسر له هذا الوفاء ، وأنه وفى فعلاً ما أمكته الوفاء به من الدين ، وأن الوفاء فوراً بكل الدين يلحق به ضرراً جسيماً » ، وأنه قلم الدائن الضمان الكاف للحصول على حقه ، ثم ما عسى أن يوجد بين المدين والدائن من وشائج القرابة أو الصبر أو المودة ، وما عسى أن يكون للمدين عند الدائن من أياد سابقة (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤٩١ ص ٥٨٨ - ص ٥٨٩) .

(١) استئناف وطى ١١ أبريل سنة ١٩٢٣ المحاماة ٤ رقم ٢٣ ص ٣٠ - بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤٩١ ص ٥٨٩ .

معقولا . فلا يجوز أن يمنح القاضى المدين أجلا طويلا يعطل فيه على الدائن حقه ، بل يجب أن يقاس الأجل بقدر ما هو ضرورى ليمكن المدين من الوفاء . وقد حدد التقنين المدنى الفرنسى - ١٢٤٤/٢ من هذا التقنين بعد تعديلها (١) - هذا الأجل بما لا يزيد على سنة واحدة . ولا يوجد فى التقنين المدنى المصرى نص يضع هذا الحد الأقصى للأجل ، ومن ثم فالأمر متروك لتقدير القاضى . ولكن السنة أجل يبلغ من الطول قلرألا يظن معه أن القاضى فى مصر يمنح أجلا أطول ، إلا إذا اقتضت ذلك ظروف استثنائية خاصة . هذا ويجوز للقاضى أن يمنح المدين أجلا متعاقبة لأجلا واحداً ، بأن يقسط الدين على أقساط يلاحظ فى مواعيدها وفى مقاديرها قدرة المدين على الوفاء .

فاذا ما توافرت هذه الشروط الأربعة (٢) ، جاز للقاضى أن يمنح المدين هذا الأجل أو هذه الآجال المعقولة . والأمر فى النهاية يرجع إلى تقديره ، فهو الذى ينظر ، حتى بعد توافر هذه الشروط ، إن كان ثمة ما يستدعى منح المدين نظرة الميسرة . وتقديره فى ذلك تقدير نهائى ، لا معقب عليه من محكمة النقض (٣) .

ولا ينال المدين من القاضى نظرة الميسرة إلا فى أثناء الدعوى التى رفعها

(١) وقد عدل هذا النص بقانون ٢٥ مارس ١٩٣٦ ، ثم بقانون ٢٠ أغسطس سنة ١٩٣٦ . وهذا القانون الأخير هو الذى جعل الأجل الممنوح المدين لا يجوز أن يزيد على سنة واحدة (بلايول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٠١٨ ص ٣٥٨ - ٣٥٩ - بلايول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٥٢٢ - فقرة ١٥٢٣) .

(٢) ولا يحول دون منح المدين نظرة الميسرة أن يكون الدين قد صدر به حكم مشمول بالنفاذ المجل ، ويمرئ هذا النفاذ المأجل بعد انقضاء الأجل الممنوح من القاضى (استئناف أسويط ١٧ أبريل سنة ١٩٢٩ الحامدة ٩ رقم ٣١٨ ص ٥٢٣) .

(٣) نقض مدنى ٢٣ مارس سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٩٤ ص ٣٧٣ - ٢٥ مايو سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام للنقض ١ رقم ١٣٤ ص ٥٣٤ - وما دام الأمر متروكا لتقدير القاضى ، فليس من الضرورى أن يسبب حكمه برفض منح المدين نظرة الميسرة ، بل ليس من الضرورى أن يرفض صراحة الطلب الذى يتقدم به المدين فى هذا الشأن ، فإدام لم يجبه إليه فإن ذلك يكون بمثابة رفض لهذا الطلب (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤٩١ مكررة أولا ص ٥٩١) . وفى من البيان أن القاضى لا يستطيع أن يمنح المدين نظرة الميسرة إلا إذا توافرت الشروط الأربعة السابق ذكرها ، فإن لم تتوافر ومنح القاضى المدين نظرة الميسرة بالرغم من عدم توافرها ، فإن الحكم يكون قد ارتكب خطأ فى تطبيق القانون ويصين نفسه .

الدائن يطالبه فيها بالدين ، أو في أثناء مباشرة الدائن لإجراءات التنفيذ بموجب سند رسمي . ففي الحالة الأولى يستطيع المدين أن يطلب من القاضى أثناء الدعوى منحه نظرة الميسرة على النحو الذى قلسمناه ، بل يجوز للقاضى من تلقاء نفسه ودون طلب من المدين أن يمنحه نظرة الميسرة ، فسنرى أن هذه القاعدة تعتبر من النظام العام (١) . وفي الحالة الثانية ، إذ لا ييسر للمدين أن يطلب نظرة الميسرة في دعوى مقامة عليه ، لا يبقى أمامه إلا أن يستشكل في التنفيذ ويطلب من قاضى الإشكال منحه نظرة الميسرة بالشروط المتقدم ذكرها (٢) . أما في غير هاتين الحالتين ، أى في حالة ما إذا كان الدائن يباشر التنفيذ بموجب حكم قابل للتنفيذ ، فانه لا يجوز للمدين أن يستشكل لطلب نظرة الميسرة ، إذ يكون الوقت قد فات وكان الواجب أن يطلب ذلك في أثناء الدعوى وقبل صدور الحكم . فإذا ما صدر الحكم دون أن يمنح المدين نظرة الميسرة ، فليس ثمة سبيل إلى ذلك ، إذ الحكم يجب تنفيذه كما هو ، ولا يجوز لقاض آخر أن يعدله إلا إذا كان ذلك عن طريق الطعن فيه بالأوجه المقررة قانوناً (٣) .

والتساعده التى تقضى بجواز منح المدين نظرة الميسرة تعتبر قاعدة من النظام العام ، فلا يجوز للطرفين أن يتفقا على ألا يكون للقاضى هذا الحق (٤) . فإذا اتفقا على ذلك ، كان الاتفاق باطلا ، وجاز للقاضى بالرغم من هذا الاتفاق أن يمنع المدين نظرة الميسرة . ويجوز للمدين أن يتقدم بهذا الطلب في أية حالة كانت عليها الدعوى ، ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف ، كما يجوز للقاضى من تلقاء نفسه أن يمنح المدين نظرة الميسرة وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

(١) بودى وبارد ٢ فقرة ١٤٨٦ .

(٢) انظر في مناقشة هذه المسألة بودى وبارد ٢ فقرة ١٤٨٩ - فقرة ١٤٩٠ .

(٣) أوبرى ورو ٤ فقرة ٣١٩ ص ٢٥٨ - بودى وبارد ٢ فقرة ١٤٨٨ - وفي فرنسا جعل قانون ٢٥ مارس سنة ١٩٣٦ الاختصاص لقاضى الأمور المستعجلة في منح نظرة الميسرة ، ومن ثم يجوز للمدين ، بعد صدور حكم عليه بوفاء الدين ، أن يلجأ إلى قاضى الأمور المستعجلة يطلب منحه نظرة الميسرة (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٠١٩ ص ٣٦٠ - ص ٣٦١ - بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٥٢٥) .

(٤) بودى وبارد ٢ فقرة ١٤٨٤ - فقرة ١٤٨٥ .

٤٦٤ - الوسمارة التي تترتب على نظرة الميسرة : يترتب على منح

نظرة الميسرة ما يترتب على الأجل الواقع بوجه عام :

(١) فيوقف التنفيذ حتى ينقضى الأجل الذي منحه القاضى للمدين . وإذا كان الدائن ينفذ بموجب سند رسمى ، ثم منح المدين نظرة الميسرة ، وجب وقف إجراءات التنفيذ ، وإذا استمر الدائن فيها كان ما باشره منها بعد نظرة الميسرة باطلا ولكن ما تم من إجراءات التنفيذ ، قبل منح المدين نظرة الميسرة ، يبقى قائماً حافظاً لآثاره (١) . فإذا ما انقضى الأجل الذي منحه القاضى للمدين ، ولم يوف المدين الدين (٢) ، فإن الدائن يتابع إجراءات التنفيذ من حيث تركها موقوفة ، ولا يحتاج إلى إعادته هذه الإجراءات من جديد فذلك يحشمه عنه لا محل له ويكلف المدين نفقات الادعى لها (٣) .

وإذا كان القاضى قد قسط الدين على المدين ، بأن منحه آجالا متعاقبة ، فإن تأخر المدين فى أى قسط من هذه الأقساط يجعل جميع الأقساط الباقية حالة ، ويستطيع الدائن أن ينفذ بها (٤) .

(٥) ولكن يجوز للدائن أن يتابع الإجراءات التحفظية ، كقطع التقادم وقيد الرهن وتجديد قيده ونحو ذلك ، فإن الأجل الواقع لا يمنع من اتخاذ هذه الإجراءات كما رأينا ، فمن باب أولى لا يمنع منها الأجل الممنوح من القاضى (٥) . وما اتخذ من إجراءات تحفظية ، كاعذار المدين (٦) ، يبقى حافظاً لآثاره .

(١) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤٩٢ .

(٢) ويلاحظ أنه إذا كان الدين واجب التنفيذ فى موطن المدين ، فإنه يصبح بعد نظرة الميسرة واجب التنفيذ فى موطن الدائن . لذلك أن المدين مدعو إلى تنفيذ التزامه فى أى وقت خلال الأجل الممنوح له من القاضى ، وليس الأجل إلا حدا أقصى لموعد التنفيذ ، فيجب عليه إذن أن يسمى بالتنفيذ إلى موطن الدائن ، لا أن ينتظر حتى يأتى الدائن إلى موطنه (بلانيول وريبير ودهوان ٧ فقرة ١٠٢١ ص ٣٦٤) .

(٣) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤٩٢ .

(٤) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤٩٨ .

(٥) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤٩٤ .

(٦) بلانيول وريبير ودهوان ٧ فقرة ١٠٢١ .

وهناك خلاف فيما إذا كان يجوز للدائن ، بعد منح المدين نظرة الميسرة ، أن يعلن المدين (١) وأن يحجز على ما لمدينه لدى الغير (٢) .

(٣) لنظرة الميسرة أثر نسبي ، فهو مقصور على المدين الذي منح الأجل دون غيره من المدينين ولو كانوا متضامنين معه ، مادام هؤلاء لم يمنحوا مثله نظرة الميسرة (٤) . ولكن كفيل المدين ، إذا منح المدين نظرة الميسرة ، ينتفع بذلك ، ولا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل ليتقاضى منه الدين ، ولرجع الكفيل على المدين بما وفاه للدائن ، فلا تكون هناك فائدة من منح المدين نظرة الميسرة (٥) .

وأثر نظرة الميسرة مقصور كذلك على الدائن الذي حكم في مواجهته بها ، فلا يتعدى إلى الدائنين الآخرين ولو كانوا متضامنين مع الدائن الأول ، لأن الحكم على أحد الدائنين المتضامنين لا يضر بالباقي . والواجب على المدين أن يدخل كل الدائنين المتضامنين في الدعوى ، ليحصل على حكم في مواجهتهم جميعاً بمنحه نظرة الميسرة .

٤٦٥ - سقوط الأجل في نظرة الميسرة : والأجل في نظرة الميسرة

يسقط بما يسقط به الأجل الاتفاق (٥) . فيسقط ، كما يسقط الأجل الاتفاق

(١) انظر في علم جواز إظهار المدين لأن الإظهار يسوى مركزه إذ يجعله تبعاً للمالك ويجعله مستولاً من التصرف : بلاثيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٠٢١ .

(٢) فيقول بعض الفقهاء بعدم جواز حجز ما للمدين لدى الغير ، لأن هذا الحجز ليس حجزاً تحفظياً فحسب بل هو أيضاً في نهايته حجز تنفيذي ، ولأن الحجز يظل ما للمدين لدى الغير وقد يكون في حاجة إليه لتغيير موقفه من حيث الوفاء بالتزامه (لوران ١٧ فقرة ٥٨٤ - بودري وبارد ٢ فقرة ١٤٩٥) . ويذهب فقهاء آخرون إلى جواز الحجز (توليه ٦ فقرة ٦٧٣ بلاثيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٠٢١) . وعلى كل حال لا يملك الحجز التحفظي الذي يكون موقفاً قبل منح المدين نظرة الميسرة ، فلا يملك حجز تحفظي موقع تحت يد ناظر وقف على حصة المستحق وهو المدين (استئناف ولسن ٢٨ أبريل سنة ١٩٠٣ الحقوق ٢٠ ص ٢٣١) .

(٣) وهذا على خلاف لقاعدة التي تنقضي بأن ما يفيد أحد المدينين المتضامنين يفيد الباقي ، ذلك لأن نظرة الميسرة إنما تمنح للمدين نظراً لظروفه الشخصية ، فلا يتعدى أثرها إلى غيره من المدينين من ليست لهم هذه الظروف .

(٤) بودري وبارد ٢ فقرة ١٤٩٦ .

(٥) انظر في الأسباب المتعددة التي يسقط بها الأجل في نظرة الميسرة في القانون الفرنسي :

بلاثيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٠٢٢ .

وفقاً للمادة ٢٧٣ مدني ، في الأحوال الآتية :

(١) إذا شمر إفلاس المدين أو إعساره وفقاً لنصوص القانون .

(٢) إذا أضعف المدين بفعله إلى حد كبير ما أعطى الدائن من تأمين خاص ، ولو كان هذا التأمين قد أعطى بعقد لاحق أو بمقتضى القانون ، هذا ما لم يؤثر الدائن أن يطالب بتكيلة التأمين . أما إذا كان إضعاف التأمين يرجع إلى سبب لا دخل لإرادة المدين فيه ، فإن الأجل يسقط ما لم يقدم المدين للدائن ضماناً كافياً .

(٣) إذا لم يقدم المدين للدائن ما وعد بتقديمه من التأمينات .

على أن الأجل في نظرية الميسرة ، خلافاً للأجل الاتفاقى ، يسقط بسبب جديد ، هو توافر شروط المقاصة ما بين الدين الذى منحت فيه نظرية الميسرة ودين ينشأ في ذمة الدائن للمدين . ذلك أن المدين الذى حصل من القاضى على نظرية الميسرة ، إنما حصل على هذا الأجل لأنه لم يكن في مكتته وفاء الدين في الحال ، فنظرة القاضى إلى ميسرة . ثم جدد بعد ذلك أن حل دين في ذمة الدائن للمدين من جنس الدين الأول ، سواء نشأ هذا الدين قبل منح المدين نظرية الميسرة أو نشأ بعد ذلك . ففي هذه الحالة يستطيع المدين أن يوفى الدين والذي عليه بالدين الذى له ، فلا مبرر إذن لانتظار انقضاء الأجل الذى منحه القاضى للمدين في نظرية الميسرة مادام المدين قد أصبح قادراً على الوفاء بدينه . ومن ثم يكون توافر شروط المقاصة على النحو الذى قدمناه مسقطاً للأجل في نظرية الميسرة (١) . وقد نص التقنين المدنى على هذا الحكم صراحة ، فقضت الفقرة الثانية من المادة ٣٦٢ مدني بأنه لا يمنع المقاصة أن يتأخر ميعاد الوفاء لمهلة منحها القاضى أو تبرع بها الدائن .

(١) بوردى وبارد ٢ فقرة ١٤٩٣ - ويخلص من ذلك إنه حيث يجب أن المدين الذى منح نظرية الميسرة قد أصبح قادراً على الوفاء بالدين ، حتى قبل انقضاء الأجل الذى منحه القاضى له ، فإنه يجوز للدائن أن يطالب بالدين .

المبحث الثاني

المكان الذى يتم فيه الوفاء

٤٦٦ - النصوص القانونية : تنص المادة ٣٤٧ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« ١ - إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات ، وجب تسليمه فى المكان الذى كان موجوداً فيه وقت نشوء الالتزام ، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك » .

« ٢ - أما فى الالتزامات الأخرى فيكون الوفاء فى المكان الذى وجد فيه موطن المدين وقت الوفاء ، أو فى المكان الذى يوجد فيه مركز أعمال المدين إذا كان الالتزام متعلقاً بهذه الأعمال (١) » .
ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المادتين ٢٣٢/١٦٩ و ٢٣٣/١٧٠ (٢) .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٣٤٥ - وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٣٣٤ - وفى التقنين المدنى العراقى المادتين ٣٩٦ - ٣٩٧ - وفى تقنين الموجبات والمقود البنائى المادة ٣٠٢ (٣) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٤٨٤ من المشروع التمهيدى حل وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٥٩ من المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٣٤٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٨٨ - ٢٢٩) .

(٢) التقنين المدنى السابق م ٢٣٢/١٦٩ : محل الوفاء هو المكان الموجود فيه حين التمس .
المقتضى تسليمه إذا لم يشترط المتعاقدان غير ذلك .
م ٢٣٣/١٧٠ : إذا كان المتعهد به عبارة عن نقود أو أشياء معين نوعها ، فيعتبر الوفاء مشروطاً بحصوله فى محل المتعهد .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٣٤٥ (مطابقة لمادة ٣٤٧ من التقنين المدنى المصرى) .

ويخلص من النص المتقدم الذكر أن الوفاء يكون في المكان الذى اتفق عليه الطرفان، فإن لم يكن هناك اتفاق، ففي العين المعينة بالذات يكون الوفاء في المكان الذى كانت موجودة فيه وقت نشوء الالتزام، وفي غيرها يكون الوفاء في المكان الذى يوجد فيه موطن المدين وقت الوفاء أو المكان الذى يوجد فيه مركز أعمال المدين إذا كان الالتزام متعلقاً بهله الأعمال .

٦٦ - اتفاق الطرفين على مكان الوفاء : كثيراً ما يتفق الدائن

والمدين على المكان الذى يكون فيه وفاء الدين ، وفي هذه الحالة يتقيد الطرفان بهذا الاتفاق . فلا يجوز للمدين أن يوفى بالدين إلا في هذا المكان، كما لا يجوز للدائن أن يطالب المدين بالوفاء إلا فيه . وقد يكون هذا الاتفاق وقت نشوء الدين كما هو الغالب ، وقد يكون اتفاقاً خاصاً لاحقاً لنشوء الدين .

وفي جميع الأحوال قد يكون الاتفاق صريحاً ، ولا يشترط في الاتفاق الصريح ألفاظ خاصة . وقد يكون ضمناً . ومثل الاتفاق الضمنى أن تكون هناك التزامات متقابلة ناشئة من عقد ملزم للجانبين ، ويتفق الطرفان على أن يتم الوفاء

١ - التقنين المدنى المسمى م ٣٢٤ (مطابقة المادة ٣٤٧ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى العراقى م ٣٩٦ : ١ - إذا كان الشيء الملتزم بتسليمه مما له حمل ومؤونة ، كالمكيلات والموزونات والعروض ونحوها ، وكان العقد مطلقاً لم يمين فيه مكان التسليم ، يسلم الشيء في المكان الذى كان موجوداً فيه وقت العقد . ٢ - وفي الالتزامات الأخرى يكون الوفاء في موطن المدين وقت وجوب الوفاء ، أو في المكان الذى يوجد فيه محل أعماله إذا كان الالتزام متعلقاً بهله الأعمال ، ما لم يتفق على غير ذلك .

م ٣٩٧ : إذا أرسل المدين الدين مع رسوله إلى الدائن ، فهلك في يد الرسول قبل وصوله ، هلك من مال المدين . وإن أصر الدائن للمدين بأن يدفع الدين إلى رسول الدائن ، فنفقه إليه وهلك في يده ، فهلاكه من مال الدائن ويبرأ المدين من الدين .

(والمادة ٣٩٦ تنفق أحكامها مع أحكام التقنين المصرى . أما أحكام المادة ٣٩٧ فتطلق مع القواعد العامة ، ويمكن تطبيقها في مصر دون نص : انظر الأستاذ حسن الدقون في أحكام الالتزام في القانون المدنى العراقى فقرة ٢٩٨ - فقرة ٢٩٩) .

تقنين الموجبات والمقود البنائى م ٣٠٢ : يجب إيفاء الدين بالمكان المعين في العقد . وإذا

لم يوضع شرط صريح أو ضمني في هذا الشأن ، وجب الإيفاء في محل إقامة المدين . أما إذا كان موضوع الموجب عيناً معينة ، فيجب التنفيذ حيث كان الشيء عند إنشاء العقد . (والحكم متفق مع حكم التقنين المصرى) .

في وقت واحد ، فيستخلص من ذلك اتفاق ضمني على أن يكون مكان الوفاء هو أيضاً مكان واحد (١) . وقد طبقت المادة ٤٥٦ مدنى هذا الحكم في عقد البيع إذ نصت على ما يأتي : ١ - يكون الثمن مستحق الوفاء في المكان الذي سلم فيه المبيع ، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك . ٢ - فإذا لم يكن الثمن مستحقاً وقت تسليم المبيع ، وجب الوفاء به في المكان الذي يوجد فيه موطن المشتري وقت استحقاق الثمن . في الفقرة الأولى افترض أن تسليم المبيع ودفع الثمن يجب أن يتأ في وقت واحد ، فخلص من ذلك أن دفع الثمن يكون في المكان الذي يتم فيه تسليم المبيع . وفي الفقرة الثانية افترض أن الثمن غير مستحق وقت تسليم المبيع ، فرجعنا إلى القاعدة العامة في مكان الوفاء بمبلغ من النقود ، وهو موطن المدين وقت استحقاق الدين . وإذا كان الوفاء بشيك أو بحوالة ، استخلص من هذا اتفاق ضمني على أن يكون مكان الوفاء هو الوجهة التي يقبض فيها الدائن قبضة الشيك أو حوالة البريد (٢) ، وقد قلنا أن الوفاء لا يتم في هذه الحالة بمجرد تسليم الشيك أو الحوالة ، وإنما يتم بقبض القيمة .

وقد يتفق الطرفان على أن يكون مكان الوفاء هو موطن الدائن ، والأصل ألا يكون موطن الدائن هو مكان الوفاء إلا باتفاق صريح أو ضمني . فإذا تم الاتفاق على ذلك ، فإن موطن الدائن وقت الاتفاق أو موطنه وقت الوفاء إذا تغير هذا الموطن يكون هو مكان الوفاء تبعاً للاتفاق الذي تم (٣) . فإن لم يكن الاتفاق واضحاً في ذلك ، فالمفروض أن الطرفين قد اتفقا على أن يكون مكان الوفاء هو موطن الدائن وقت الاتفاق ، لأنه هو الموطن الذي كان معروفاً عندهما وقت ذلك (٤) .

-
- (١) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٢٩ .
 - (٢) انظر دى بياج ٣ فقرة ٤٧٢ ص ٤٥٥ .
 - (٣) نقض مدنى ٩ ديسمبر سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٣١ ص ٢٤٤ .
 - (٤) ديولوب ٢٧ فقرة ٢٧٣ - بودى وبارد ٢ فقرة ١٥٥ - أنيلكويى دالوز ٣ لفظ (paiement) فقرة ١٣٧ - انظر عكس ذلك دى بياج ٣ فقرة ٤٧٢ - وقانون بلانيول وريبير وپولانجيه ٢ فقرة ١٥٧٨ .
- وقد يفسخ هذا الاتفاق أن يرسل الدائن محصلاً لاستيفاء الدين في موطن المدين ، فيكون هذا الموطن هو مكان الوفاء (استئناف مصر ٣١ يناير سنة ١٩٤٦ المجموعة الرسمية ٤٧ رقم ٢٢٣) .

٤٦٨ - ملأه الوفاء في العين المعينة بالزات هو ملأه ومجردها

وقت نشوء الالتزام : وقد رأينا أن الفقرة الأولى من المادة ٣٤٧ مدني تنص على أنه إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات، وجب تسليمه في المكان الذي كان موجوداً فيه وقت نشوء الالتزام ، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك . فإذا لم يوجد اتفاق على أن يكون مكان الوفاء في غير مكان وجود العين وقت نشوء الالتزام ، ولم يوجد نص يقضي بغير ذلك كما رأينا في النص الذي يقضي بأن يكون دفع الثمن في مكان تسليم المبيع (م ٤٥٦ مدني) ، فإن مكان الوفاء هو المكان الذي توجد فيه العين وقت نشوء الالتزام (١) وهذا الحكم مبنى على أن هناك اتفاقاً ضمنياً ما بين الطرفين على هذا المكان . فينسخ هذا الاتفاق الضمني اتفاقاً ضمنياً معارضاً ، أو اتفاق صريح ، أو نص في القانون .

ويغلب أن يكون الشيء لم ينتقل من مكانه من وقت نشوء الالتزام إلى وقت الوفاء ، فإذا انتقل فالعبرة كما قلنا بالمكان الذي توجد فيه العين وقت نشوء الالتزام ، وهو المكان الذي كان معروفاً من الطرفين (٢) . على أن المفروض في كل ذلك أن الشيء محل الالتزام مستقر في مكانه لا يمكن نقله في يسر . فإذا كان الشيء بطبيعته سهل الانتقال من مكان إلى آخر ، كسيارة أو فرس ، فالغالب أن يكون الطرفان قد أراد ضمناً أن يكون مكان الوفاء ليس هو المكان المعارض الذي يوجد فيه الشيء وقت نشوء الالتزام ، بل هو موطن المدينع وهو المكان الذي يوجد فيه الشيء عادة . وهنا نرى أن الاتفاق الضمني الذي قام عليه مكان وجود الشيء وقت نشوء الالتزام قد عارضه اتفاق ضمني أكثر وضوحاً فنسخه (٣) .

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيلي في مجموعة الأعمال التفسيرية ٣ ص ٢٢٩ .
(٢) ويرجع الدائن حل الدين في هذه الحالة بتطبيقات نقل الشيء من مكان وجوده وقت الوفاء إلى مكان وجوده وقت نشوء الالتزام (ديولومب ٢٧ فقرة ٢٧٣ - بودري وبارد ٢ فقرة ١٥٠٦) .

(٣) ديولومب ٢٧ فقرة ٢٧٨ - لوران ١٧ فقرة ٥٩٠ - هيك ٨ فقرة ٤٢ - بودري وبارد ٢ فقرة ١٥٠٤ ص ٦٠٢ .

٤٦٩- ملأه الرفاء في غير العين المعينة بالزات هو موطن المدين

أو مركز أعماله : فإذا لم يوجد اتفاق صريح أو ضمني على مكان الوفاء (١) ، ولم يكن محل الوفاء عيناً معينة بالذات ، فقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٣٤٧ مدني ، كما رأينا ، على أن « يكون الوفاء في المكان الذي يوجد فيه موطن المدين وقت الوفاء ، أو في المكان الذي يوجد فيه مركز أعمال المدين إذا كان الالتزام متعلقاً بهذه الأعمال (٢) » .

ويسرى هذا الحكم على كل التزام ليس محله عيناً معينة بالذات ، وأكثر ما يسرى على الالتزام الذي يكون محله مبلغاً من النقود . ويسرى كذلك على كل التزام محله عين غير معينة بالذات ، كالإتزام بتسليم مائة أردب من القمح أو خمسين قطاراً من القطن . ويسرى أخيراً على كل التزام محله عمل أو امتناع عن عمل . ففي هذه الإلتزامات جميعاً ، إذا لم يوجد اتفاق صريح أو ضمني على مكان الوفاء ، فالمكان هو موطن المدين وقت الوفاء ، أو المكان الذي يوجد فيه مركز أعمال المدين إذا كان الإلتزام متعلقاً بهذه الأعمال . ومن ثم نرى أن الإلتزام هنا يسمى له الدائن (quérable) ، ولا يسمى به المدين (portable) . وليس في هذا إلا تطبيق للمبدأ العام الذي يقضى بأن الإلتزام يفسر بما فيه مصلحة المدين (٣) .

ولذا غير الدائن موطنه أو مركز أعماله في الفترة ما بين نشوء الإلتزام وبين الوفاء ، فالعبرة بالموطن أو بمركز الأعمال وقت الوفاء لا وقت نشوء الإلتزام . ذلك أن القاعدة إنما تقوم ، لا على اقتراض لإرادة الطرفين فيقال إن هذه الإرادة قد انصرفت إلى الموطن أو مركز الأعمال وقت نشوء الإلتزام ، وإنما تقوم على مصلحة المدين ، ومصلحته تقتضي أن يكون مكان الوفاء هو موطنه أو مركز أعماله وقت الوفاء (٤) .

(١) استئناف مختلط ٢ ديسمبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ٤٣ .

(٢) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٢٩ .

(٣) على أن المدين يسمى بالمدين إلى موطن الدائن في حالة المرض الحقيق والابتداء ، وقد سبق بيان ذلك .

(٤) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٠٨ — بلانويول وريبير وروان ٧ فقرة ١١٨٦ —

على أن المدين يستطيع بعد نشوء الالتزام أن ينزل عن حقه في أن يكون مكان الوفاء هو موطنه أو مركز أعماله ، إذا تصرف تصرفاً من شأنه أن يستخلص منه هذا النزول . فإذا كان الدين أقساطاً ، وأدى المدين أكثر الأقساط في موطن الدائن ، فللقروض أن الأقساط القليلة الباقية يجب الوفاء بها أيضاً في موطن الدائن ، وأن المدين قد اتفق اتفاقاً ضمناً مع الدائن على ذلك . ولكن مجرد دفع قسط أو قليل من الأقساط في موطن الدائن لا يستفاد منه حتماً أن المدين قد نزل عن حقه في أن يكون مكان الوفاء بسائر الأقساط هو موطنه لا موطن الدائن (١) . فلو أن المؤمن له دفع بعض أقساط التأمين في موطن الشركة (٢) ، فلا يستفاد من ذلك حتماً أنه نزل عن حقه في أن يكون الوفاء بسائر الأقساط في موطنه هو (٣) . وعلى العكس من ذلك ، إذا اشترطت شركة التأمين على أن يكون الوفاء بالأقساط في موطنها (٤) ، ثم استوفت بعض هذه الأقساط في موطن المدين ، فلا يستفاد من ذلك حتماً أنها نزلت عن حقها في أن يكون الوفاء ببقية الأقساط في موطنها ، لا سيما إذا ذكرت ذلك صراحة في وثيقة التأمين ، وهذا ما لم يكن قد اضطرد استيفائها لأقساط التأمين في موطن المدين واستقر تعاملها معه على ذلك (٥) .

= وكما يستطيع المدين أن يتنصه بأن يكون مكان الوفاء هو موطنه أو مركز أعماله وقت الوفاء كذلك يستطيع الدائن أن يجبر المدين على قبول الوفاء في هذا المكان دون أي مكان آخر (بودرى وهارد ٢ فقرة ١٥٠٩) .

(١) ديجولوب ٢٧ فقرة ٢٧١ — هيك ٨ فقرة ٤٢ — بودرى وهارد ٢ فقرة ١٥١٠ .
(٢) وقد جرت العادة أن يكون الوفاء بالقسط الأول في موطن الشركة ، وكذلك يكون مكان الوفاء هو موطن الشركة في جميع الأقساط التي حلت وأخذت في شأنها المؤمن له (بلانيول وريبير وبسون ١١ فقرة ١٣٠٨ ص ٦٩٠ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٨٧ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٥٨٠) .
(٣) وكذلك إذا دفع المستأجر أقساط الأجرة من وقت إلى آخر في موطن المؤجر لم يعد هذا حتماً نزولاً منه من أن الوفاء بالأجرة يكون في موطنه هو لا في موطن المؤجر (استثنائات مختلط ه ينارس ١٩٠٥ م ١٧ ص ٦٠) .

(٤) ولا يجوز ، طبقاً للقانون الصادر في فرنسا في ١٣ يولييه سنة ١٩٣٠ (م ١٦) ، أن يكون هذا الشرط ضمن الشروط المطلوبة (بيدان ولا جارد ٨ فقرة ٥٢٤ — بلانيول وريبير وبسون ١١ فقرة ١٣٠٨ ص ٦٩٠) .

(٥) بودرى وهارد ٢ فقرة ١٥١١ — وتفسير نية الشركة في أنها أدخلت تعديلاً فسميًا في مكان الوفاء ، فجعلت موطن المؤمن له لا موطنها هي ، مسألة واقع يبت فيها قاضي الموضوع ولا مقب عليه من محكمة النقض (بودرى وهارد ٢ فقرة ١٥١١ ص ٦٠٧ هامش رقم ١) .

٤٧٠ — نصوص خاصة بتعيين مظهر الوفاء في بعض العقود المسماة :

وقد أشارت المذكرة الإيضاحية للمشروع التهنيدى إلى أنه « قد أنشأت بعض النصوص أحكاماً خاصة بشأن الوفاء في بعض العقود المعينة كالبيع والإجارة (١) ».

وقد رأينا فعلاً أن الفقرة الأولى من المادة ٤٥٦ مدنى في البيع تنص على أن « يكون الثمن مستحق الوفاء في المكان الذى سلم فيه المبيع ، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك » . ونصت المادة ٤٣٦ مدنى ، في البيع أيضاً ، على أنه « إذا وجب تصدير المبيع للمشتري ، فلا يتم التسليم إلا إذا وصل إليه ، ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك » .

ونصت المادة ٥٦٦ مدنى ، في الإيجار ، على أن « يسرى على الالتزام بتسليم العين المؤجرة ما يسرى على الالتزام بتسليم العين الميعة من الأحكام ، وعلى الأخص ما يتعلق منها بزمان التسليم ومكانه وتحديد مقدار العين المؤجرة وتحديد ملحقاتها » .

ونصت الفقرة الثانية من المادة ٦٤٢ مدنى ، في العارية ، على أنه « يجب رد الشيء في المكان الذى يكون المستعير قد تسلمه فيه ، ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك » .

ونصت المادة ٦٥٥ مدنى ، في المقاولة ، على أنه « متى أتم المقاتول العمل ووضعه تحت تصرف رب العمل ، وجب على هذا أن يبادر إلى تسلمه في أقرب وقت ممكن بحسب الجارى في المعاملات . وإذا امتنع دون سبب مشروع عن التسليم رغم دعوته إلى ذلك بانذار رسمى ، اعتبر أن العمل قد سلم إليه » .

ونصت المادة ٦٩٠ مدنى ، في عقد العمل ، على أن « يلتزم رب العمل أن يدفع للعامل أجرته في الزمان والمكان اللذين يحددهما العقد أو العرف ، مع مراعاة ما تنص عليه القوانين الخاصة في ذلك » .

الباب الثاني

انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء

٤٧١ — أسباب انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء : قدمنا أن الالتزام قد ينتقض، لا بالوفاء به عيناً، بل بما يعادل الوفاء، ويشمل هذا ما يأتي :

(١) الوفاء بمقابل (Dation en paiement) .

(٢) التجديد (Novation) .

(٣) المقاصة (Compensation) .

(٤) اتحاد اللعة (Confusion)

ففي الوفاء بمقابل يتنازع الدائن عن استيفاء الدين عيناً بشيء يعادله . وفي التجديد يستوفى الدائن الدين الأصلي بدين جديد . وفي المقاصة يستوفى الدائن الدين الذي له بدين مقابل في ذمته للمدين . وفي اتحاد اللعة يستوفى الدائن الدين الذي له بنفس هذا الدين بعد أن يصبح مديناً به .

الفصل الأول

الوفاء بمقابل (*)

(Dation en paiement)

٧٣ - أركان وتكييف القانوني والاسرار التي تترتب عليه :

قدمنا أن الدائن يستوفى محل الدين عنه ، فلا يجبر على استيفاء شيء آخر في مقابل دينه ، ولو كان هذا الشيء أكبر قيمة من الدين . ومع ذلك إذا اتفق الدائن مع المدين على أن يستوفى شيئاً آخر في مقابل دينه ، واستوفى فعلاً هذا الشيء الآخر ، فإن الدين ينقضى وتبرأ ذمة المدين ، ولكن لا عن طريق الوفاء (paiement) ، بل عن طريق الوفاء بمقابل (dation en paiement) .

ومن ثم وجب أن نبحث : (أولاً) ماهي الأركان التي يقوم عليها الوفاء بمقابل وما هو تكييفه القانوني . (ثانياً) وما هي الآثار التي تترتب عليه .

الفرع الأول

أركان الوفاء بمقابل وتكييفه القانوني

المبحث الأول

الأركان التي يقوم عليها الوفاء بمقابل

٧٣ - التصوصي القانونية : تنص المادة ٣٥٠ من التقنين المدني

على ما يأتي :

* مراجع : سيجوني (Segogne) في الوفاء بمقابل في القانون الروماني والقانون الفرعي رسالة من باريس سنة ١٨٨٠ - جيبو (Guimband) النظرية العامة في الوفاء بمقابل في القانون الروماني والقانون الفرنسي رسالة من براتيه سنة ١٨٨٩ .

« إذا قبل الدائن في استيفاء حقه مقابلاً استعاض به عن الشيء المستحق ،
قام لهذا مقام الوفاء (١) » .

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، ولكن الحكم كان معمولاً به
دون نص (٢) .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري
المادة ٣٤٨ — وفي التقنين المدني الليبي المادة ٣٣٧ — وفي التقنين المدني العراقي
المادة ٣٩٩ — وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٣١٨ (٣) .

٤٧٤ — ركناه : ويمكن أن يستخلص من النص المتقدم الذكر أن هناك
ركنين للوفاء بمقابل :

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٤٨٧ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق
لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٩٢ في المشروع
النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٣٥٠ (مجموعة الأعمال
التحضيرية ٣ ص ٢٣٥ — ٢٣٦) .
(٢) ونقول المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى : « أغفل التقنين القائم (السابق)
الاعتراض — الوفاء بمقابل — في نصوصه فوكل أمره بذلك إلى القواعد العامة . بيد أن
المشروع آثر أن يختص ببعض النصوص إزاء ما هو ملحوظ من ازدواج أثره ، وتراكم
طبيعته ، في فقه القانون » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٣٤) . وأنظر أيضاً الموجز
لمؤلف فقرة ٥٤٣ .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٣٤٨ (مطابقة المادة ٣٥٠ من التقنين المدني المصرى) .
التقنين المدني الليبي م ٣٣٧ (مطابقة المادة ٣٥٠ من التقنين المدني المصرى) .
التقنين المدني العراق م ٣٩٩ (مطابقة المادة ٣٥٠ من التقنين المدني المصرى — وانظر
الإستاذ حسن الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقى فقرة ٣٢٥ — فقرة ٣٢٦) .
تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٣١٨ : يسقط الدين إذا قبل الدائن ، عوضاً عن التنفيذ ،
أداء شيء غير الذى كان يجب له — وإذا بدأ شك ولم يترضى الدائن أو لم يبد تحفظاً عند الإيفاء
بأداء العوض ، فالدائن يمد ، إلى أن يقوم برهان على المكس ، قابلاً لذلك الإيفاء ومبرراً لئلا
الدين . (والحكم مطبق مع حكم التقنين المصرى) .

(الركن الأول) اتفاق بين الدائن والمدين (١) على الاستعاضة عن محل الوفاء الأصلي بنقل ملكية شيء آخر من المدين إلى الدائن .
(الركن الثاني) تنفيذ هذا الاتفاق بنقل الملكية فعلاً ، فتبرأ ذمة المدين .

٤٧٥ - اتفاق على الاستعاضة عن محل الوفاء الأصلي بنقل ملكية

شيء آخر : يتفق الدائن مع المدين على أن يستعاض عن الوفاء بمحل الالتزام الأصلي الوفاء بنقل ملكية شيء آخر من المدين إلى الدائن . فإذا كان محل المدين الأصلي ألفاً من الجنهات مثلاً ، فإن الطرفين يتفقان على أن يبق المدين للدائن بدلاً من الألف من الجنهات مائة قطار من القطن الإشموني أو مائتي أردب من القمح الهندي أو أن ينقل إليه ملكية سيارة من طراز معين أو قطعة أرض معينة أو دار بالذات أو نحو ذلك . وقد يقع العكس ، فيكون في ذمة المدين أن ينقل للدائن مائة قطار من القطن أو مائتي أردب من القمح أو ملكية سيارة أو أرض أو دار ، فيتفقان على أن يعطى المدين للدائن بدلاً من ذلك ألفاً من الجنهات (٢) . ولما كان الدائن ، في هذه الأحوال ، يستوفي في دينه محلاً ليس هو عين محل الدين ، فلا بد إذن لهذا الوفاء بمقابل من اتفاق بين الدائن والمدين يكون لاحقاً لنشوء الدين ، وفي الغالب يكون لاحقاً أيضاً لميعاد استحقاقه . والاتفاق يستدعي حيناً رضاء الدائن أن يستوفي الدين بمقابل ، فلا يجوز حمل الدائن على أخذ غير محل

(١) ولا نرى ما يمنع من أن يتفق الدائن مع غير المدين على أن يستوفي الدين منه بمقابل . فينتقل الغير إلى الدائن ملكية شيء مملوك للأول وقام للدين . ثم يرجع الغير على المدين ، إذا لم يكن هناك اتفاق بينهما ، بدعوى الفضالة أو بدعوى الإثراء بلا سبب ، بحسب الأحوال . وفي حالة الرجوع بدعوى الإثراء بلا سبب يطالب الغير للمدين بأقل التقييمين ، مقدار الدين وقيمة الشيء الذي أصاب له الدائن مقابل الوفاء .

(٢) انظر جوسران ٢ ققرة ٩٢٦ - الموجز المؤلف بقرة ٥٤٣ - وقد يعطى المدين للدائن ، مقابل الوفاء ، ديناً له في ذمة الغير . ولكن هذا يتم عادة لا من طريق الوفاء بمقابل ، بل من طريق حوالة هذا الحق (cession de créance) للدائن ، أو إنابة الغير في الوفاء للدائن (délégation) : انظر في هذا المعنى بلاتيويل وريبير وبولانجي ٢ ققرة ٢٠١٨ - وقارن جوسران ٢ ققرة ٩٢٦ ص ٤٩٢ .

الدين إجباراً ، ولا يتم ذلك إلا برضائه (١) .

ولما كان الوفاء بمقابل اتفاقاً (convention) ، فهو ككل اتفاق يقتضى توافق إرادتين ، إرادة الدائن وإرادة المدين . وليس الوفاء بمقابل عقداً (contrat) ، بل هو اتفاق كما قلنا ، كالفاء ، لأنه لا ينشئ التزاماً ، بل يقضى هذا الالتزام . ويجب أن تتوافر الأهلية الواجبة في كل من الطرفين . فتتوافر في الدائن أهلية استيفاء الدين على النحو الذى قلناه في الوفاء ، لأن الوفاء بمقابل يتطوى على معنى استيفاء الدين . وتتوافر في المدين ، لا أهلية الوفاء بالمدين فحسب ، بل أيضاً أهلية التصرف ، فانه يوفى دينه عن طريق نقل ملكية شيء إلى الدائن ، فالوفاء بمقابل بالنسبة إليه يتطوى على معنى الوفاء وعلى معنى نقل الملكية في وقت واحد .

ويجب أن تكون إرادة كل من الطرفين خالية من العيوب ، فلا يشوبها غلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال (٢) .

ويجب أن يكون للاتفاق محل وسبب . أما السبب فهو الوفاء بالدين الأصلي . وأما المحل فهو الاستعاضة عن المحل الأصلي بنقل ملكية شيء آخر من المدين إلى الدائن . فلا بد إذن في المحل من توافر شرطين : ١ - ألا يكون داخلاً في نطاق الالتزام الأصلي ، بل هو شيء جديد يستعاض به عن المحل الأصلي

(١) وقد يعطى المدين الدائن شيئاً غير محل الدين ، ولكن لا الوفاء بالدين بل كضمان له ، كما إذا اتفق الطرفان على مد أجل الدين في مقابل أن يعطى المدين الدائن رهناً . وفي هذه الحالة لا ينقضى الدين بدهاءة ، بل يبقى قائماً ، ويكون الشيء الذى أعطاه المدين الدائن ليس بمقابل الوفاء . بل هو رهن في يد الدائن لضمان الدين . ويرجع فيما إذا كان الشيء الذى أعطاه المدين الدائن بمقابلاً للوفاء أو رهناً لنية الطرفين (دى باج ٣ فقرة ٥٠٦ ص ٤٨٤) . فلا يكون هناك وفاء بمقابل إلا إذا اتفق الطرفان في وضوح على نقل ملكية الشيء إلى الدائن . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا سلم المستاجر محمولات الأرض إلى المؤجر وفاء بالأجرة بعد عمل الحساب ، فلا معنى ذلك إنه نقل ملكية المحمولات إلى المؤجر ، بل أودعها عنده ضماناً للأجرة ، ووكله في يدها ليستوفى الأجرة منها ، فلا يجوز للمؤجر التمسك ببطلان حجز وقعه أحد دافعى المستاجر على هذه المحمولات بدعى أن ملكيتها انتقلت إليه (استئناف مخطوط ٦ يناير سنة ١٩١٠ ص ١٠٧) .

(٢) دى باج ٣ فقرة ٥٠٦ ص ٤٨٦ .

للاللتزام . ومن ثم لا ينطوى الالتزام التخيري ولا الالتزام البديل على وفاة بمقابل ، لأن المدين إذا اختار أحد محال الالتزام في الالتزام التخيري ، أو اختار البديل في الالتزام البديل ، فأداه ، فانما يؤدي محلاً داخلياً في نطاق الالتزام الأصلي متفقاً عليه منذ نشوء هذا الالتزام ، فليس هو شيئاً جديداً خارجاً عن نطاق الالتزام الأصلي يستعاض به عن محل هذا الالتزام (١) .

٢ — أن يكون نقل ملكية (datio) ، فلا يجوز أن يكون التزاماً بعمل أو التزاماً بامتناع عن عمل (٢) . وإذا اتفق المقرض والمقرض على أن يستعاض عن رد القرض بأن يقوم المقرض بنسخ كتاب معين يطلبه منه الدائن ، فإن هذا لا يكون وفاء بمقابل ، بل يكون في الغالب تجديد (novation) بتغيير محل الدين (٣) .

وبثبت الاتفاق على الوفاء بمقابل وفقاً للقواعد العامة في الإثبات . فلا يجوز ، فيما يزيد على عشرة جنهات ، الإثبات إلا بالكتابة أو بما يقوم مقامها . على أنه إذا ثبت أن الدائن قد قبل تسلم شيء غير المستحق له دون تحفظ ، فإنه يفترض — حتى يقوم الدليل على العكس — أنه قد ارتضى أن يقوم ذلك مقام الوفاء (٤) .

(١) بودوى وبارد ٢ فقرة ١٦٨٤ — دى باج ٣ فقرة ٥٠٦ ص ٤٨٥ .

(٢) الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ٨٨ .

(٣) وإذا قبل الدائن استيفاء الدين بشيك أو بكييالة أو بأية ورقة مائلة ، لم تبرأ ذمة المدين من الدين إلا إذا قبض الدائن لملازمة الشيك أو الكييالة أو الورقة المالية . وعندئذ ينقضى الدين ، لا بالوفاء بمقابل ، بل بالوفاء حيناً كما سبق القول (دى باج ٣ فقرة ٥٠٦ ص ٤٨٥ — ص ٤٨٦) .

(٤) وقد نصت للفقرة الثانية من المادة ٣١٨ من تقنين الموجبات والمقود البتاني على هذا الحكم صراحة ، فقضت بأنه وإذا بدا شك ما ، ولم يتراض الدائن أو لم يبد تحفظاً عند الإيفاء بأداء المعوض ، فالدين يبد ، إلى أن يقوم بهران على العكس ، قابلاً لذلك الإيفاء ومتروفاً بكونه مجرداً للذة المديون . انظر أيضاً المادة ٢/٣٦٤ من التقنين المنقح الألماني .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للشروح المتهدى في هذا الصدد ما يأتي : « أما فيما يتعلق بالإثبات ، فيفترض في الدائن ، إذا قبل الوفاء بغير ما هو مستحق له دون تحفظ ، أنه قد ارتضى أن يقوم ذلك مقام الوفاء من المدين ، إلا أن يقوم دليل يسقط هذه القرينة (مجموعة الأعمال التفسيرية ٣ ص ٢٣٧) .

٤٧٦ — تتميز الاعراض بنقل الملكية فعمل الى الرامع : ولا يكتفى الاتفاق على مقابل الوفاء ، بل يجب أيضاً تنفيذ هذا الاتفاق بنقل الملكية فعلا من المدين إلى الدائن (١) . فاذا كان المقابل مائة قطار من القطن أو مائة أردب من القمح ، وجب إفرار هذه المقادير حتى تنتقل ملكيتها إلى الدائن . وإذا كان المقابل سيارة وجب تعيينها بالذات ، أو كان دار أو أرضاً وجب تسجيل الاتفاق على الوفاء بمقابل ، حتى تنتقل ملكية السيارة أو الدار أو الأرض من المدين إلى الدائن (٢) .

وهذا ما يميز الوفاء بمقابل عن التجديد (٣) ، ففي التحديد محل التزام جديد محل التزام قديم ، فينقضى الالتزام القديم بقيام الالتزام الجديد . أما في الوفاء بمقابل فلا يكتفى قيام الالتزام الجديد ، أى الالتزام بنقل الملكية ، بل يجب تنفيذه أى نقل الملكية فعلا إلى الدائن . فاذا اقتصر الطرفان على إنشاء التزام بنقل الملكية محل محل الالتزام الأصلي ، فأنما يكون ذلك تجديدًا بتغيير محل الدين لا وفاء بمقابل (٤) .

المبحث الثاني

التكييف القانوني بالوفاء بمقابل

٤٧٧ — تضارب الفقه في التكييف القانوني للوفاء بمقابل :
بعد أن بسطنا أركان الوفاء بمقابل ، بقى أن نبين ما هو التكييف القانوني لهذا

-
- (١) المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٢٧ .
(٢) ويرتب على ذلك أن الوفاء بمقابل لا يمكن أن يتم من طريق الوصية ، بأن يوصى المدين لدائته بماله للوفاء بالدين . وذلك لأن الوصية يجوز الرجوع فيها دائماً ، ولا تنتقل ملكية الموصى به في حياة الموصي (نقض مدني أول أبريل سنة ١٩٤٣ مجموعة مرء رقم ٣٨ ص ٩٥) .
كذلك لا يتم الوفاء بمقابل إذا احتفظ المدين لنفسه بحق استرداد المقار الذي سلمه وفاء لدينه (استئناف مخطوط ٦ ديسمبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ٧٩) .
(٣) الأستاذ عبد الحى حجازي ٣ ص ٥٩ .
(٤) كولان وكايتان وصى لاموراندوير ٢ فقرة ٩٨٨ ص ٦٤٩ — جوران ٢ فقرة ٩٢٦ ص ٤٩٢ .

السبب من أسباب انقضاء الالتزام . وقد تضارب الفقه في هذا التكييف ، حتى أصبحت هذه المسألة الغامضة في حاجة إلى شيء من التجلية والوضوح .

وهناك تكييف يقاد إلى الذهن لأول وهلة ، هو أن يكون الوفاء بمقابل بيعاً فيكون المقابل قد بيع بالدين . وكان للقانون الفرنسي القديم تكييف آخر ، هو أن الوفاء بمقابل ضرب من الوفاء (paiement) يتميز بأن المحل الأصلي فيه قد تغير . وهناك تكييف ثالث ، هو الذي أخذ يغلب الآن في الفقه ، يجعل الوفاء بمقابل عملاً مركباً من تجديد ووفاء عن طريق نقل الملكية .

٤٧٨ - الوفاء بمقابل يبيع تليم مقاصة : يتبادر إلى الذهن لأول وهلة أن الوفاء بمقابل ينتهي إلى التحليل الآتي : اتفق الدائن مع المدين على أن يشتري الأول من الثاني المقابل الذي يقدمه الثاني - القطن أو القمح أو السيارة أو الأرض أو الدار الخ - بثمن يعادل قيمة الدين الذي في ذمته . فتم صفقة البيع أولاً ، ويصبح الدائن مديناً بثمن هو معادل في الجنس والمقدار للدين الذي له . فتم مقاصة قانونية ما بين هذا الدين والثمن ، فينقضى كلاهما بالمقاصة . ويبقى المدين بعد ذلك ملتزماً نحو الدائن بنقل ملكية المقابل (١) .

وعيب هذا التكييف أنه يقف بالوفاء بمقابل عند المرحلة الأولى ، ولا يستلزم أن تنقل الملكية فعلاً إلى الدائن . فلو فرضنا أن مقابل الوفاء هو مقادير من القطن أو من القمح ، فيكفي ، طبقاً لهذا التكييف ، أن يلتزم المدين للدائن بنقل ملكية هذه المقادير حتى يتم الوفاء بمقابل وتبرأ ذمة المدين من الدين الأصلي . وقد قدمنا أن الوفاء بمقابل لا يتم إلا إذا انتقلت الملكية فعلاً إلى الدائن ، ولا تبرأ ذمة المدين من دينه الأصلي إلا عند نقل هذه الملكية . أما إذا وقفنا عند هذه المرحلة الأولى ، فانما نواجه تجديداً بتغيير محل الدين لا وفاء بمقابل كما سبق القول .

(١) انظر في بسط هذا الرأي بودوي وبارد ٢ فترة ١٦٨٦ - بلانويول وريبير ورومان ٧

٤٧٩ - الوفاء بمقابل ضرب من الوفاء تقير فيه الحمل الأصلي :

وهذا هو التكييف الذى كان سائداً فى القانون الفرنسى القديم ، وكان يقول به دوما وبوتيه ، ولا يزال يقول به بعض فقهاء القانون الفرنسى الحديث .

فى القانون الفرنسى القديم كان الوفاء بمقابل ضرباً من الوفاء ، استعصى فيه عن الشيء المستحق أصلاً بشيء آخر ، وذلك باتفاق الطرفين . فهو كالوفاء يقضى الدين ذاته بطريق مباشر ، ولكن يقضيه بمقابل الشيء المستحق لبالشئ المستحق نفسه . أما فى التكييف الأول فقد رأينا أن المقابل يقضى الدين ذاته ، ولكن بطريق غير مباشر ، بأن يجعل ثمنه قصاصاً فى هذا الدين . وسرى فى التكييف الثالث أن المقابل لا يقضى الدين ذاته ، ولكن ديناً آخر نشأ من طريق التجديد .

وترتب على هذا التكييف الثانى أن الدائن ، إذا استحق فى يده مقابل الوفاء ، لم يرجع على المدين بدعوى ضمان الاستحقاق التى يرجع بها المشتري على البائع . فهو لم يشتر المقابل كما هو التصور فى التكييف الأول ، بل استوفى به الدين الذى له فى ذمة المدين . فاذا استحق المقابل فى يده بطل الوفاء ، واستتبع ذلك رجوع الدين الأصلى ، فيعود فى ذمة المدين بجميع ما كان له من ضمانات ، ويرجع الدائن على المدين لا بدعوى ضمان الاستحقاق بل بدعوى هذا الدين نفسه (١) .

وكان هذا التكييف القانونى يستقيم ، ويتفق مع إرادة الطرفين ، لولا أنه

(١) دوما فى القوانين المدنية القسم الأول الكتاب الثالث الباب الأول الفرع السابع فقرة ٦ - بوتيه فى الالتزامات فقرة ٤٠٦ - وانظر فى فقهاء القانون الفرنسى الحديث : سيجوى Segogne فى الوفاء بمقابل فى القانون الرومانى والقانون الفرنسى رسالة من باريس سنة ١٨٨٠ ص ٨٣ - ص ١٠٠ جبو Guimbaud فى الوفاء بمقابل فى القانون الرومانى والقانون الفرنسى رسالة من بواتيه سنة ١٨٨٩ ص ١٨٥ - ص ٢٠٦ - وقارب بلانيول وويير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٠١٩ . ويقرّب من هذا التكييف ما يذهب إليه الأستاذ عيّد الحى حجازى (جزء ٣ ص ٦٢) من أن الوفاء بمقابل عقد حقيقى تنقل به ملكية شيء من ذمة المدين إلى ذمة الدائن وترتّب عليه الوفاء بالتزام سابق .

ويصحس فى الدفاع عن هذا التكييف من الفقهاء المعاصرين دى باج : انظر الجزء الثالث

من المقرر أن الوفاء بمقابل يقضى التأمينات التي كانت للدين الأصلي ولو استحق المقابل . انقضاء التأمينات هذا مقرر في الفقه الفرنسي ، ويؤيده نص صريح في التقنين المدني الفرنسي خاص بالكفالة ، فقد نصت المادة ٢٠٣٨ من هذا التقنين على أن قبول الدائن باختياره عقاراً أو أى عرض استيفاء للدين الأصلي يبرئ الكفيل ، حتى لو استحق الشيء في يد الدائن (١) . ويقس الفقه الفرنسي على الكفالة سائر التأمينات . أما في مصر فالنص واضح في أن التأمينات التي كانت للدين الأصلي تزول ، وسرى أن المادة ٣٥١ مدني تقضى بأن يسرى على الوفاء بمقابل « من حيث أنه يقضى الدين ، أحكام الوفاء ، وبالأخص ما يتعلق منها بتعيين جهة الدفع وانقضاء التأمينات (٤) » . ثم طبق التقنين المدني المصري هذا الحكم تطبيقاً خاصاً في الكفالة ، فنص في المادة ٧٨٣ - وهي المقابلة للمادة ٢٠٣٨ مدني فرنسي - على أنه « إذا قبل الدائن أن يستوفى في مقابل الدين شيئاً آخر ، برئت ذمة الكفيل ولو استحق هذا الشيء » .

ولا شك في أن انقضاء التأمينات إلى غير رجعة لا يتفق مع التكييف القانوني

(١) ويلعب سيجون Segogno ، في الرسالة التي أسلفنا الإشارة إليها ، إلى أن بوتيه قرر هذا الحكم في خصوص الكفيل وحده ، دون سائر التأمينات ، لاعتبارات خاصة بالكفيل . فإن الدائن ، بعد أن استوفى دينه بمقابل الوفاء ، وبعد أن برئت ذمة الكفيل ، لا يفكر في الرجوع على الكفيل ، إذا استحق المقابل في يده ، إلا إذا كان الدين معسراً . فيضار الكفيل بهذا الإضرار ، ويكون من حقه أن يبلغ رجوع الدائن عليه ، ما دام الدائن هو الذي قبل أن يستوفى دينه بمقابل وترك الدين حتى أمس ، ففوت على الكفيل الفرصة في أن يرجع على المدين إذا وفى عنه الدين (بوتيه في الالتزامات لفرقة ٤٠٧) . وقد نقل التقنين المدني الفرنسي هذا الحكم من بوتيه ، وقصره على الكفيل (سيجون ص ٨٨ - ص ٩٠) .

ويرد بودرى وبارد على هذه الحجة بأن التقنين المدني الفرنسي في المادة ٢٠٣٨ جعل براءة الكفيل ، حتى لو استحق المقابل في يد الدائن ، حكماً عاماً ، ولم يقصره على حالة ما إذا كان المدين معسراً . وهذا يدل على أن الوفاء بمقابل من شأنه تهديد الدين الأصلي ، فينتفى هذا الدين بالتجديد وتنقضى معه تأميناته والكفالة من بينها . ويظهر ذلك في وضوح تام عند الرجوع إلى الأعمال التحضيرية للتقنين المدني الفرنسي ، وقد وردت فيها عبارات صريحة كل الصراحة في هذا المعنى (انظر بودرى وبارد ٢ فقرة ١٦٨٥ ص ٧٩١ - ص ٧٩٢ - وانظر في الرد على بودرى وبارد : في باب ٣ فقرة ١١ ص ٤٩١) .

(٤) انظر مكرر ذلك في عهد التقنين المدني السابق : استئناف مخطوط ٢٥ نوفمبر سنة ١٩١٩

الذى نحن بصدده ، فان من مقتضيات هذا التكيف أن يعود الدين الأصل إذا أبطل الوفاء بمقابل أو استحق المقابل في يد الدائن ، ومتى عاد الدين الأصل عادت معه جميع التأمينات التي كانت تكفله .

١٨٠ — الوفاء بمقابل محل مركب من تجديد ووفاء عن طريق

نقل الملكية : والتكيف القانوني الذي أخذ يتغلب في الفقه المعاصر ، وهو التكيف الذي يسير النصوص التشريعية في مصر وفي فرنسا ، هو أن الوفاء بمقابل محل مركب . فهو مزيج من التجديد والوفاء عن طريق نقل الملكية ، وتتلاق فيه عناصر من كل ذلك ، فيجمع في أحكامه بين كل منها . فالوفاء بمقابل هو أولاً تجديد بتغيير محل الدين . إذ الدائن والمدين يتفان بادئ ذي بدء على تغيير المحل الأصلي للدين بمحل جديد هو المقابل للوفاء ، ومتى دخل في الدين هذا التعديل الجوهرى فقد أصبح ديناً جديداً محل محل الدين القديم ، وهذا هو التجديد . ويترتب على هذه الخطوة الأولى أن الدين الأصلي ينقضى ، وتنقضى معه تأميناته ، عن طريق التجديد ، لا عن طريق الوفاء كما هو الأمر في التكيف الثاني ، ولا عن طريق المقاصة كما هو الأمر في التكيف الأول . ثم إن الدين الجديد — وهو دائماً التزام بنقل ملكية المقابل الذي استعصى به عن المحل الأصلي للدين — ينفذ عن طريق الوفاء (paiement) . فتنقل الملكية فعلاً إلى الدائن كما قلنا ، ولذلك يتم الوفاء بمقابل . وفي هذه الخطوة الثانية يتطوى الوفاء بمقابل على معنيين : (أولاً) معنى الوفاء ، إذ الدين الجديد يوفى به عيناً فينقضى ، وهو هنا ينقضى بالوفاء (paiement) ، كما انقضى الدين القديم بالتجديد (novation) فيما قلنا . (ثانياً) ومعنى نقل الملكية ، إذ الوفاء بالدين الجديد معناه نقل ملكية المقابل إلى الدائن كما تنتقل ملكية المبيع إلى المشتري . ونرى من ذلك أن هذه الخطوة الثانية تكسب الوفاء بمقابل مقوماته الجوهرية : تكسبه معنى الوفاء فيأخذ أحكامه ، وتكسبه معنى نقل الملكية فيأخذ أيضاً بعض أحكامه ، وهذا كله إلى معنى التجديد الذى رأيناه في الخطوة الأولى والذى انقضى الدين الأصلي به (١) .

(١) انظر في هذا المعنى أوبرى وروى فترة ٣١٨ هاشم رقم ١ وفترة ٣٢٤ هاشم رقم ٤٨ — لوران ١٨ فترة ٣٢٣ و ٣١ فترة ٣٦٣ — ديولوب ٢٧ فترة ٢٣٠ و ٢٨ فترة ٢٨٨ —

ويخلص من هذا التكييف القانوني أمران : (١) أن الدين الأصلي في الوفاء بمقابل لا ينفى بالوفاء ولا بالمقاصة ، وإنما ينقضى بالتجديد . أما الدين الجديد الذى حل محل الدين الأصلي فيتنقضى بالوفاء عيناً ، لا بمقابل الوفاء (١) . (٢) إن الوفاء بمقابل يجمع في أحكامه بين معنى الوفاء ومعنى نقل الملكية (٢) ، وهذا ما تنتقل الآن إليه .

الفرع الثانى

الآثار التى تترتب على الوفاء بمقابل

٤٨١ - النصوص القانونية : تنص المادة ٣٥١ من التقنين المدني

على ما يأتى :

« وما بعدها — يودى وبإراد ٢ فقرة ١٦٨٥ من ٧٨٨ — من ٧٨٩ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٤٩ من ٦٥٩ وقرة ١٢٥٠ من ٦٥٩ — من ٦٦٠ — بيدان لاجارد ٨ فقرة ٤٩٤ — جوسران ٢ فقرة ٩٢٨ من ٤٩٣ .

وانظر في هذا المعنى أيضاً الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ٢٨١ . وانظر انتقاداً لا يخلو من المجالفة لهذا التكييف في دى باج ٣ فقرة ٥١٠ — فقرة ٥١١ . (١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى : « ويرامى أن الوفاء بالدين القديم لا يتم بمقتضى الإدلاء بالمعوض ، وإنما ينشأ التزام جديد يحمل محل هذا الدين ، وهذا الالتزام هو الذى ينفى بالوفاء فور الوقت من طريق انتقال حق الملك في ذلك المعوض . فالاعتياض والحالة هذه ليس إلا تجديداً ينبع بالوفاء بالالتزام الجديد حل القور » (مجموعة الأعمال التصديرية ٣ من ٢٣٧) .

(٢) فالوفاء بمقابل هو إذن تصرف قانونى مركب (acte juridique complexe) من تجديد ونقل ملكية ووفاء . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى في هذا المعنى : « بيد أن المشروع أثر أن يختصه (الوفاء بمقابل) ببعض النصوص إزاء ما هو ملحوظ من ازدواج أثره وتراكب طبيعته في فقه القانون : فيرامى من ناحية أن الإدلاء بمعوض ينقل ملكية ما يؤدى في مقابل الوفاء ، وفي هذه الحدود تطبق أحكام البيع . ويرامى من ناحية أخرى أنه يحسم للدين طريقاً لإبراء ذمة من الدين ، وفي هذا النطاق تطبق قواعد الوفاء . وقد يقال أخيراً إن الاعتياض ينتهى أمره إلى تجديد يعقبه الوفاء مباشرة » (مجموعة الأعمال التصديرية ٣ من ٢٣٤) .

« يسرى على الوفاء بمقابل ، فيما إذا كان ينقل ملكية شيء أعطى في مقابلة الدين ، أحكام البيع ، وبالأخص ما تعلق منها بأهلية المتعاقدين وضمان الاستحقاق وضمان العيوب الخفية . ويسرى عليه ، من حيث أنه يقضى الدين ، أحكام الوفاء ، وبالأخص ما تعلق منها بتعيين جهة الدفع وانقضاء التأمينات » (١).

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، ولكن الحكم كان معمولاً به دون نص (٢) .

ومقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٣٤٩ — وفي التقنين المدني الليبي المادة ٣٣٨ — وفي التقنين المدني العراقي المادة ٤٠٠ — وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٣١٩ (٣) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٤٨٨ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيها عدا عبارة الآتية التي وردت في المشروع التمهيدى : « يسرى على الوفاء بمقابل ، من حيث إنه ينقل ملكية الشيء الذى أعطى في مقابلة الدين ... » وفيها عدا عبارة « احتساب الخصم » في المشروع التمهيدى . وفي لجنة المراجعة عدلت عبارة : « من حيث أنه ينقل ملكية الشيء الخ » بعبارة « فيما إذا كان ينقل ملكية شيء » . وكانت عبارة المشروع التمهيدى أدق في المعنى من عبارة لجنة المراجعة ، لأن العبارة الأخيرة توهم أن الوفاء بمقابل قد لا ينقل الملكية في بعض صورته ، وقد رأينا إنه ينقل الملكية في جميع الصور (قارن مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٣٨) . وأصبح رقم المادة ٣٦٣ في المشروع التام . ووافق مجلس النواب على النص . وفي لجنة مجلس الشيوخ عدلت عبارة « احتساب الخصم » بعبارة « تعيين جهة الدفع » . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها لجنة تحت رقم ٣٥١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٣٩ و ص ٢٣٨ — ص ٢٣٩) .

(٢) الموجز للمؤلف فقرة ٥٤٣ — الأستاذ أحمد حشمت أبوسلته فقرة ٧٩٣ — فقرة ٧٩٤ .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٣٤٩ (مطابقة لمادة ٣٥١ من التقنين المدني المصرى) .

التقنين المدني الليبي م ٣٣٨ (مطابقة لمادة ٣٥١ من التقنين المدني المصرى) .

التقنين المدني العراقي م ٤٠٠ (مطابقة لمادة ٣٥١ من التقنين المدني المصرى — وانظر الأستاذ حسن اللوفى في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ٣٢٧ — فقرة ٣٢٨) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٣١٩ : إن قواعد البيع تطبق مبدئياً على الإيفاء بأداء =

ويخلص من هذا النص أن الوفاء بمقابل مزدوج الأحكام ، فتسرى عليه أحكام البيع باعتباره ناقلاً للملكية ، وتسرى عليه أحكام الوفاء باعتباره أنه يقضى الدين .

٤٨٢ — الوفاء بمقابل باعتباره ناقلاً للملكية : لما كان الوفاء بمقابل

ينقل ملكية المقابل من المدين إلى الدائن ، فإنه يسرى عليه من هذه الناحية أحكام البيع وأحكام نقل الملكية بوجه عام .

وقد ذكر النص من هذه الأحكام ثلاثة على وجه التخصيص (١) :

١ — أهلية المتعاقدين : وقد قلنا أنه يشترط في المدين أن تتوفر فيه ، لا أهلية الوفاء فحسب ، بل أيضاً أهلية التصرف . وكذلك يشترط في الدائن أهلية الالتزام (٢) .

٢ — ضمان الاستحقاق : فإذا استحق المقابل في يد الدائن ، رجع على المدين . ولا يرجع بالدين الأصلي ، فإن هذا الدين قد انقضى بالتجديد كما قلنا ، وقد انقضت تأميناته معه ، فلا يعود ولا تعود . وإنما يرجع بضمان الاستحقاق كما يرجع المشتري على البائع ، لأنه إنما يضمن في التصرف الخاص بنقل الملكية لا التصرف الخاص بالتجديد . إذ التجديد قد أصبح باتاً لا رجوع فيه ، وهو الذي قضى الدين الأصلي بتأميناته ، وأقام مقامه الدين الجديد الذي يستوجب تنفيذه نقل الملكية (٣) .

— العوض ، ولا سيما القواعد المختصة بالضمان وبأهلية المتعاقدين — على أن قواعد الإيفاء تطبق بالتقاسم ويقدر المستطاع ، ولا سيما فيما يخص بتعيين جهة الإيفاء . (والحكم متفق مع حكم التفتين المصري ، وإذا كان نص التفتين اللبناني لم يذكر انقضاء التأمينات صراحة ، إلا أن هذا الانقضاء يستخلص بدهاء من قواعد الوفاء الواجبة التطبيق) .

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التفسيرية ٣ ص ٢٣٧ .

(٢) جوسران ٢ فقرة ٩٢٩ .

(٣) وقد يقال إنه ما يتفق مع نية الطرفين ، في حالة ما إذا لم تخلص ملكية المقابل للدائن ، أن يفسخ الوفاء بمقابل في مجموعه ، بما يتطوّل عليه من تجديد ووفاء ونقل ملكية ، ويعود الدين الأصل إلى ذمة المدين . وقد جاء في هذا المعنى في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « ولا يكون للدائن في هذه الحالة إلا حق الرجوع بدوى الضمان ، ما لم يطلب الحكم بفسخ الاعتراض ذاته : قارن المادة ٩٩٨ من التفتين البرازيلى ، وهى تقضى بأن الدين القديم يعود »

ولما كان الدائن يرجع على المدين بضمان الاستحقاق كما قدمنا ، فانه يرجع ، طبقاً لأحكام هذا الضمان ، بما يأتي : (١) قيمة المقابل وقت الاستحقاق مع الفوائد القانونية من ذلك الوقت . (٢) وقيمة الثمار التي أثمر الدائن بردها لمن استحق المقابل . (٣) والمصروفات النافعة التي لا يستطيع الدائن أن يلزم بها المستحق ، وكذلك المصروفات الكمالية إذا كان المدين سيء النية . (٤) وجميع مصروفات دعوى الضمان ودعوى الاستحقاق عدا ما كان الدائن يستطيع أن يتقيه منها لو أخطر المدين بالدعوى . (٥) وبوجه عام التعويض عما لحقه من خسارة أو فاته من كسب بسبب استحقاق المقابل (١) .

ولا شك في أن الرجوع بضمان الاستحقاق أرجح للدائن من الرجوع بالمدين الأصلي ، ولكن تأمينات الدين الأصلي تزول كما قدمنا فلا تكفل ضمان الاستحقاق .

٣ - ضمان العيوب الخفية : فإذا لم يستحق المقابل ، ولكن الدائن كشف فيه عيباً خفياً ، فانه يرجع على المدين بضمان العيوب الخفية ، كما يرجع المشتري على البائع ، طبقاً لأحكام المواد ٤٤٧-٤٤٨ ملئى . ويخلص من هذه النصوص أن العيب لو أثر في المقابل إلى حد لو علمه الدائن لما رضى بهذا المقابل ، كان له أن يرده إلى المدين وأن يطالبه بالتعويض على النحو الذى بيناه في ضمان الاستحقاق . أما إذا اختار الدائن استبقاء المقابل ، أو كانت الخسارة لم تبلغ

— إلى الوجود ويؤثر أثر المخالفة الخاصة به متى استحق العرض — (مجموعة الأمل التحضيرية ٣ ص ٢٣٧ - ٢٣٨) . انظر أيضاً المادة ١١٩٧/٢ من التفتين المدنى الإبطال الجديد — والأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ٦٤ - ص ٦٥ .

ولكن القول برجوع الدين الأصل ، عن طريق فسخ الوفاء بمقابل في مجموعه ، يقتضى أن يرجع مع الدين الأصل تأميناته التي كانت تكفله ، وهذا يتعارض مع نص القانون الصريح من أن التأمينات تنقضى . ومن ثم لا يكون للدائن ، في حالة استحقاق المقابل ، إلا الرجوع بضمان الاستحقاق على الوجه الذى سننبه ، ولا يجوز له فسخ التجديد . فبيئ الدين الجديد قائماً ، ولا يعود الدين الأصل ولا تعود تأميناته (انظر في هذا المثل أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٢٤ ص ٣٢٤ - بلانويول وريبير وروان ٧ فقرة ١٢٥٤ - كولان وكاينتان ودى لا مورانديير ٢ فقرة ٩٨٨) .

(١) انظر المادة ٤٤٣ من التفتين المدنى في ضمان الاستحقاق .

الجد المتقدم الذكر ، لم يكن له إلا أن يطالب المدين بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب العيب (م ٤٥٠ و ٤٤٤ ملئ) (١) .

ولما كان نص المادة ٣٥١ ملئ لم تحصر أحكام البيع التي تسرى على الوفاء بمقابل في الأحكام الثلاثة المتقدمة الذكر ، بل ذكرتها على سبيل التمثيل والتخصيص ، فانه يبدو أن بعض أحكام البيع الأخرى — كحق امتياز البائع إذا كان هناك معك (soult) يدفعه الدائن للمدين (٢) ، وحق الفسخ إذا لم يوف الدائن بهذا المعك ، وحق تكلة الثمن للغبن فيها إذا كان الدائن قاصراً وكان المقابل عقاراً تقل قيمته عن أربعة أخماس الدين (٣) ، تسرى على الوفاء بمقابل (٤) .

٤٨٣ — الوفاء بمقابل باعتباره وفاء : ثم إن الوفاء بمقابل ، باعتباره وفاء ، يقضى الدين الجديد الذي حل محل الدين الأصلي كما قلنا . أما الدين الأصلي فقد انقضى بالتجديد ، كما سبق القول .

ومن ثم ترتب النتائج الآتية (٥) :

١ — تزول التأمينات التي كانت للدين الأصلي ، ولا تعود حتى لو استحق

(١) كولان وكاييتان ودى لامورانديير ٢ فقرة ٩٨٨ ص ٦٤٩ — أنيكلويدى دالوز ٢ لفظ *daton en paiement* فقرة ١٧ .

(٢) كولان وكاييتان ودى لامورانديير ٢ فقرة ٩٣٧ — أنيكلويدى دالوز ٢ لفظ *daton en paiement* فقرة ١٦ .

(٣) كولان وكاييتان ودى لامورانديير ٢ فقرة ٩٣٧ — أنيكلويدى دالوز ٢ لفظ *daton en paiement* فقرة ١٥ — قانون بودوى وبارد ٢ فقرة ١٦٨٧ مكررة أولاً — فقرة ١٦٨٨ . وانظر بلانيول وريبير ودوان ٧ فقرة ١٢٥٣ وفقرة ١٢٥٥ .

(٤) وكذلك تلغ رسوم انتقال الملكية في الوفاء بمقابل بنفس المقدار الذي تلغ به في البيع (استثنائات مختلط ٣٠ أبريل سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٣١٧ — وانظر بلانيول وريبير ودوان ٧ لقرة ١٢٥٣) .

(٥) انظر الماكرك الإيضاحية للمشرح التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٣٧ — ٢٣٨ .

المقابل في يد الدائن ، على النحو الذى قلناه . وهذه النتيجة مترتبة على أن الدين الأصلى قد انقضى وانقضت معه تأميناته عن طريق التجديد (١) .

٢ - تتبع الأحكام المتعلقة بتعيين جهة الدفع (imputation du paiement) فيما إذا كان في ذمة المدين للدائن عدة ديون من جنس واحد وقد دفع المدين مقابلا للوفاء ببعضها دون بعض ، فيكون له وقت الدفع أن يبين الدين الذى دفع مقابله . فإن لم يبين ، كان الدين المدفوع له المقابل هو الدين الحال ، ثم الدين الأكثر كلفة على المدين . فإن تعادلت الديون في الحلول وفى الكلفة على المدين ، كان للدائن أن يعين الدين الذى استوفى مقابله .

٣ - إذا تبين أن المدين قد دفع مقابلا لدين لا وجود له ، اتبعت أحكام الوفاء لا أحكام نقل الملكية . ومن ثم لا يرجع المدين على الدائن بمقدار الدين ، ولكن يسترد منه المقابل الذى دفعه بدعوى استرداد غير المستحق (٢) .

٤ - يجوز للدائن المدين أن يطعنوا بالدعوى البولصية في الوفاء بمقابل باعتبار أنه وفاء . فإذا وفى المدين المعسر ، وفاء بمقابل ، أحد دائنيه قبل

(١) بلانبول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٥٢ - جوران ٢ فقرة ٩٢٩ .

(٢) أنسيكلويدى دالوز ٢ لفظ dation en paiement فقرة ١٨ - ويمكن القول أيضا إن الذى أعطى المقابل ، وقد تبين أنه غير مدين ، يكون بمثابة البائع الذى لم يستوف الثمن من المشتري ، فيفسخ البيع ويسترد المبيع . وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأنه إذا كانت لقائمة الثابتة بالحكم هى أن الدائن ومدينه اتفقا على أن يبيع المدين إلى الدائن قدرًا من أطيائه مقابل مبلغ ما كان باقيًا عليه من دين سبق أن حوله الدائن إلى أجنبي ، وتمهد الدائن باحضار غالبة من ذلك الأجنبي منه التصديق على عقد البيع ، وحرر بين الطرفين في تاريخ هذا الاتفاق عقد بيع من الأطيان الواردة به ، ثم تم التوقيع على عقد البيع النهائي ، ولم يحضر الدائن المتألمة من الأجنبي ، بل إن هذا الأخير استمر في إجراءات التنفيذ بالبسة إلى باقى الدين فنزع ملكية المدين من أطيان أخرى حتى بيعت بالمزاد ، قرأت المحكمة من هذا أنه مع قيام الأجنبي بالتنفيذ على هذه الأطيان الأخرى للحصول على باقى الدين تكون الأطيان المبيعة للدائن تحت يده من غير مقابل ، وحل هذا قضت بفسخ العقد ، فإنها تكون قد أصابت ، لأنه بالقياس على البيع يكون للمدين - الذى هو في مركز البائع - الحق في فسخ العقد إذا حال الدائن الذى أخذ الأطيان وفاء لدينه دون حصول المقاصة من هذا الدين بتأيية التنفيذ وفاء لدينه ، إذ يكون الدائن والحالة هذه كأنه مشتر لم يلفح الثمن (نقض ملف ١٨ مايو سنة ١٩٤٤ مجموعة حر ٤ رقم ١٣٩ ص ٣٨٥) .

انقضاء الأجل الذى عين أصلاً للوفاء ، لم يسر هذا الوفاء فى حق باقى الدائنين . وكذلك لا يسرى فى حقهم الوفاء بمقابل ولو حصل بعد انقضاء هذا الأجل ، اذا كان قد تم نتيجة تواطؤ بين المدين والدائن الذى استوفى المقابل (١) .

(١) وذلك كله قياساً على المادة ٢/٢٤٢ مدنى ، وقد وودت فى خصوص العمن بالدموى البولصية فى الوفاء ، فيمكن قياس الوفاء بمقابل على الوفاء . انظر : استئناف مختلط ١٧ أبريل سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢٨٧ - ٣٠ مايو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٤٠٢ - ١٥ يونيو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤٣٣ - وانظر الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ٦٦ .

الفصل الثاني

التجديد والائابة في الوفاء (*)

(Novation et délégation)

الفرع الأول

التجديد

(Novation)

٤٨٤ - التجديد نظام قانوني محمود الأهمية - شروط والاستمار

تترتب عليه : التجديد هو استبدال دين جديد بدين قديم ، فيكون سبباً في قضاء الدين القديم وفي نشوء الدين الجديد . فالتجديد إذن هو سبب لانقضاء الالتزام ، وهو في الوقت ذاته مصدر لنشوء الالتزام . فهو اتفاق (convention) على قضاء الالتزام القديم ، وعقد (contrat) لإنشاء الالتزام الجديد ، وهو في الحالتين تصرف قانوني (acte juridique) . ويتميز الدين الجديد عن الدين القديم إما بتغيير في الدين (أى في محله أو في مصدره) ، وإما بتغيير المدين ، وإما بتغيير الدائن .

والتجديد كنظام قانوني أصبح اليوم محدود الأهمية خلافاً لما كان عليه الأمر

(*) مراجع : بول جيد (Paul Gide) دراسة في التجديد وسؤال الحق في القانون الروماني سنة ١٨٧٩ - بيتي (Petit) نظرات (réflexions) في الحوالة : المجلة الانتقادية سنة ١٩٢٠ ص ٩٥ - هيبير (Hubert) بحث في النظرية القانونية للإئابة رسالة من بواتيه سنة ١٨٩٩ - نجر (Nègre) شروط الانقضاء والصحة في التجديد رسالة من إكس سنة ١٩٢٠ - ثاليير (Thaller) الصيغة القانونية لسند الائتمان : حوليات القانون التجاري سنة ١٩٠٦ وسنة ١٩٠٧ - كابيتان (Capitant) في السبب .

في القانون الروماني (١) ، وقل الالتجاء إليه في التعامل . فالتجديد بتغيير الدين أصبح يغني عنه الوفاء بمقابل ، وتغني حوالة الدين عن التجديد بتغيير المدين ، وحوالة الحق عن التجديد بتغيير الدائن . ومن ثم اختفى التجديد في بعض التقنيات الحديثة كالتقنين الألماني (٢) ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

ونبحث في التجديد : (أولاً) شروطه (ثانياً) الآثار التي تترتب عليه .

(١) لم تكن حوالة الحق ولا حوالة الدين معروفة في القانون الروماني هل ما قلنا ، فكان التجديد يقوم مقام الحوالة . هل أن التجديد في القانون الروماني كان يختلف في جوهره من التجديد في القوانين الحديثة . فهو لم يكن يغير من محل الدين ، بل كان يغير شكله ، فيفرغه غالباً في عقد لفظي (stipulatio) وأحياناً في عقد كتابي (litteris) ، فيكسبه جدة وزيد في قوته . وقد يكون التجديد بتغيير الدائن أو بتغيير المدين ليقوم مقام حوالة الحق أو حوالة الدين ، بل قد يكون بتغيير عنصر غير جوهري في الالتزام كإضافة أجل أو توليق الدين بضمان مما لا يعتبر تعديداً في القوانين الحديثة . فالتجديد في القانون الروماني كان أقرب إلى المساس بصورة الالتزام وشكله منه إلى تغيير موضوعه وطبيعته . أما التجديد في القوانين الحديثة فيجرى على أساس النية لا الشكل ، ويغير في الالتزام الأصل تغييراً جوهرياً إلى حد استبدال الالتزام جديد به . ومن ثم كان التجديد في القانون الروماني مسألة شكلية تتصل بصورة الالتزام ، والتجديد في القوانين الحديثة مسألة موضوعية تتصل بصرية التعاقد وسلطان الإرادة (انظر في هذا المعنى بودي وبارد ٢ فقرة ١٦٨٩ وفترة ١٧١١ - بلانيول بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٥٦) .

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في هذا الصدد : « يختلف مذهب التقنينات اللاتينية عن مذهب التقنينات الجرمانية فيما يخلق بالأحكام الخاصة بالتجديد . فقد جرت الأولى على أفراد مكان هذه الأحكام في التصوص ، متأثرة بما كان لها من منزلة في القانون الروماني ، وقد كان هذا القانون يجعل حوالة الحق وحوالة الدين على حد سواء ، فألجأ بذلك إلى الاستعاضة بالتجديد عن هذا وتلك . أما الثانية فتعمل التجديد على نقض ذلك ، وتستعاض عنه بحوالة الحق وحوالة الدين ، وهما يليهما أدنى إلى انقضاء مع التصوير المادي للالتزام . هل أن الفوارق بين هذين المذهبين أقرب إلى المساس بالمعرض منها إلى المساس بالجوهر ، فالتقنينات اللاتينية تقر صراحة حوالة الحق ، ولا تمنع على وجه الإطلاق في حوالة الدين . والتقنينات الجرمانية (وردت خطأ : اللاتينية) لا تضييق بالتجديد حيث تنضج جنواً كما هو الشأن في التجديد بتغيير الدين بوجه خاص . ولم ير المشروع أن يثقل من التقليد اللاتيني ، ولا سيما أن الإجابة مع أهميتها تقتزن بالتجديد باعتبارها مجرد وصف من أوصاله (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٤٠) .

ولم يغفل التقنين المدي الجديد شأن التجديد ، لا اتصاله بالإجابة من ناحية ، ولأن التجديد بتغيير الدين لا تزال له أهمية كبيرة في العمل من ناحية أخرى (انظر في هذا المعنى بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٥٦ ص ١٦٤) . ففرض لأحكام التجديد ، وتولاهما بشيء من القسبط =

المبحث الأول

شروط التجديد

٤٨٥ - شروط موهنة : يمكن رد شروط التجديد إلى ثلاثة . إذ التجديد يفترض وجود التزامين متعاقبين الجديد منهما محل محل القديم ، على أن يختلف الالتزام الجديد عن الالتزام القديم في أحد عناصره ، وعلى أن تتوافر عند الطرفين نية التجديد (١) .

فشروط التجديد إذن هي : (١) تعاقب التزامين ، قديم حل محله جديد (٢) اختلاف ما بين الالتزامين في أحد العناصر (٣) نية التجديد .

المطلب الأول

تعاقب التزامين قديم حل محله جديد

٤٨٦ - النصوص القانونية : تنص المادة ٣٥٣ من التقنين المدني

على ما يأتي :

= والتجديد . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى : « وقد عرض للشروع لبعض الأحكام الخاصة بالتجديد ذاته بشيء من الضبط والتحديد ، لاسيما ما تعلق منها بتجديد الالتزام الباطل أو القابل للبطلان ، وبالتطبيقات العملية لفكرة عدم افتراض التجديد ، وبانتقال التأمينات إلى الالتزام الجديد » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٤٠) . وجاء في موضع آخر : « يعتبر التجديد طريقاً من طرق انقضاء الالتزام ومصدراً من مصادر إنشائه في أن واحد . وليس شك في أن الحوالة والإبانة والحلول تحقق للفرض المقصود من هذا النظام ، وقفظه من وجوه . وهذا هو ما حدا بالتقنينات الجرمانية إلى أخفاله : انظر مع ذلك المواد ١٣٧٥ - ١٣٧٧ من التقنين النمساوي . بيد أن تجديد مزايما ما تزال باقية تتجلى قيمتها عند ما يراد استبدال محل الالتزام أو مصدره : انظر للمادة ٢٦٣ من التقنين البولوني » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٤٣) .

ويعرض التقنين المدني الإيطالي الجديد في تفصيل لتنظيم التجديد بتغيير الدين وهو التجديد الموضوعي ، ولا يشمل إلا محل نص واحد في التجديد بتغيير المدين وهو التجديد الشخصي ، ويسكت عن التجديد بتغيير الدائن (الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ٧٠ - ٧١) .

(١) أسيوط ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٣٠ المحلقة ١١ رقم ٢١٩ ص ٤٠٤ - ٣١ أكتوبر سنة ١٩٣٢ المحلقة ١٣ رقم ٥٦٢ ص ١١٢٨ .

١ - لا يتم التجديد إلا إذا كان الالتزامان القديم والجديد قد خلا كل منهما من أسباب البطلان .

٢ - أما إذا كان الالتزام القديم ناشئاً عن عقد قابل للإبطال ، فلا يكون التجديد صحيحاً إلا إذا قصد بالالتزام الجديد إجازة العقد وأن يحل محله (١) .

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، ولكن الحكم كان معمولا به دون نص (٢) .

وبقابل النص في للتقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٣٥١ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٣٤٠ - ولا مقابل في التقنين المدني العراقي - ويقابل في تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٣٢٢ (٢) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٤٩٠ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا بعض فروق لفظية طفيفة ، أزيلت في لجنة المراجعة فأصبح النطاق تاماً ، ووافقت اللجنة على المادة تحت رقم ٣٦٥ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب ، فجلس للشيخ تحت رقم ٣٥٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٤٤ - ص ٢٤٦) .

(٢) المرجع المؤلف فقرة ٥٧٤ - فقرة ٥٧٥ .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٣٥١ (مطابقة للمادة ٣٥٣ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني الليبي م ٣٤٠ (مطابقة للمادة ٣٥٣ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي : لا مقابل للنص ، والسبب هو اختلاف نظرية البطلان في التقنين العراقي عنها في التقنين المصري ، ومع ذلك فالأحكام واحدة رغم هذا الاختلاف (انظر الأستاذ حسن الدنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ٣٣٢ - فقرة ٣٣٤) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٣٢٢ : لا يتم التجديد إلا إذا كان الموجبان القديم والحديث موجودين حقيقة وليس بما سبب للإبطال المطلق - أما مجرد قابلية الإبطال لهذا الدين أو لذلك فلا يحول دون التجديد ، بل تبقى مفاعيله موجودة مادام الإبطال لم يحكم به . وإن الدين القابل للإبطال يجوز استبداله بموجب صحيح إذا كان صاحب دعوى الإبطال عالماً بالحالة ، فيعد حينئذ عادلاً عن حق إقامتها - والموجب الطبيعي يجوز استبداله بواسطة التجديد بموجب مدنى . (وتتفق هذه الأحكام مع أحكام التقنين المصري ، إلا في تجديد الالتزام الطبيعي ، فحق التقنين المصري لا يكون هذا تجديدًا وإنما هو إنشاء لالتزام مدنى سببه الالتزام الطبيعي ، وقد سبق ذكر ذلك في الجزء الثاني من الوسيط عند الكلام في الالتزام الطبيعي) .

ويخلص من هذا النص أنه حتى يتم التجديد، يجب أن يوجد التزام قديم خالٍ من أسباب البطلان، ثم يعقبه ليحل محله التزام جديد خالٍ هو أيضاً من أسباب البطلان .

٤٨٧ - وجود التزام قديم : يفترض التجديد وجود التزام سابق ، هو الذي يقوم عليه التجديد فيقضيه ، وتدعوه هنا بالالتزام القديم .

فإذا لم يكن هذا الالتزام القديم موجوداً فعلا بل ظن وجوده توهماً ، وكذلك إذا كان هذا الالتزام قد انقضى بسبب سابق على التجديد ، فلا يمكن أن يكون هناك تجديد ولو اتفق الطرفان على إنشاء التزام جديد يحل محل الالتزام الموهوم . ذلك أن الالتزام الجديد إنما يستمد قوامه من أنه محل محل الالتزام القديم ، فإذا لم يوجد هذا الالتزام القديم لم يتم تبعاً لذلك الالتزام الجديد (١) .

وإذا كان الالتزام القديم مصدره عقد باطل لأي سبب من أسباب البطلان ، كعدم تعيين المحل أو عدم مشروعيته أو عدم مشروعية السبب ، فإن الالتزام القديم يكون معدوماً في هذه الحالة إذ العقد الباطل لا ينتج في الأصل أثراً ، فلا يمكن أن يكون هناك تجديد لهذا الالتزام المعدوم (٢) .

وإذا كان الالتزام القديم مصدره عقد قابل للإبطال ، لنقص في الأهلية أو لعب في الإرادة ، فالأصل أن تجديد مثل هذا الالتزام لا يكون صحيحاً ، بل يبقى مهدداً بالإبطال . فإذا ما طلب ذو الشأن إبطال العقد انعدم الالتزام القديم ، فانعدم لذلك الالتزام الجديد ، وبطل التجديد (٣) . على أن الفقرة الثانية

(١) يودرى وبارد ٣ فقرة ١٦٩٠ .

(٢) استئناف مخطط ١٥ نوفمبر سنة ١٩٣٤ م ٤٧ ص ٢٨ - وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للشروح التمهيدية : « يشترط لصحة التجديد ألا يكون أحد الالتزامين ، القديم أو الجديد ، مطلق البطلان . فإذا كان الالتزام القديم باطلا ، استتبع ذلك بطلان الالتزام الجديد لتختلف سببه . وإذا كان الالتزام الجديد باطلا ، بقى الالتزام القديم قائماً لامتناع أثر التجديد » (مجموعة الأعمال التجميعية ٣ ص ٢٤٥) .

(٣) وقد لا يكون الالتزام القديم قابلاً للإبطال ، ولكنه يكون خاضعاً لحكم خاص تقرره قبل التجديد أو بعده ، فلا يقوى التجديد على حجب هذا الحكم ، بل ينتقل أثر الحكم إلى الالتزام الجديد . من ذلك ما تمسكت به محكمة الاستئناف المختطة من أنه إذا داخل الالتزام القديم ربا فاحش ، - (م ٥٢ - لوميط)

من المادة ٣٥٣ مدني أوردت استثناء على هذا الأصل، فنصت كما رأينا على ما يأتي :
 « أما إذا كان الالتزام القديم ناشئاً عن عقد قابل للإبطال ، فلا يكون التجديد صحيحاً إلا إذا قصد بالالتزام الجديد إجازة العقد وأن يحل محله . » فإذا كان الطرف الذي له حق إبطال العقد مصدر الالتزام القديم قد أصبح في حال يستطيع معها إجازة هذا العقد ، ثم أقدم على تجديد الالتزام وهو على بصيرة من الأمر ، فإن التجديد ذاته يعتبر إجازة للعقد . فينقلب الالتزام القديم صحيحاً ، ويصح تبعاً لذلك الالتزام الجديد ، فيحل محل الالتزام القديم ، ويتم التجديد (١) . وقد يتم التجديد دون أن يكون هناك قصد إلى إجازة العقد ، بأن يكون العاقد الذي وقع في غلط مثلاً لم يكشف العيب ، فيبقى التجديد كما قدمنا ، مهدداً بالإبطال . ولكن يصح أن يميز العاقد العقد بعد تمام التجديد ويعد كشفه للعيب ، فينقلب العقد صحيحاً ، وتستتبع صحة العقد صحة التجديد (٢) . وقصد إجازة العقد ، سواء قارن التجديد أو أعقبه ، يتوقف الأمر فيه على نية صاحب الشأن . وهي نية موكل كشفها لقاضي الموضوع ، ولا معقب عليه في ذلك من محكمة النقض .

وإذا كان العقد القديم قابلاً للفسخ وفسخ فعلاً ، فقد سقط الالتزام القديم وسقط معه التجديد (٣) .

« فإن تجديد الالتزام لا يمنع من المطالبة بتخفيض الفوائد إلى الحد المسموح به قانوناً (استئناف مخطوط ٤ مارس سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ١٤٧ - ٢٥ نوفمبر سنة ١٨٩٦ م ٩ ص ٣٧ - ١١ يناير سنة ١٨٩٨ م ١٥ ص ٨٩ - ٥ مايو سنة ١٨٩٨ م ١٥ ص ٢٦٤ - ٢١ فبراير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٤٣) . ومن ذلك أيضاً ما قضت به محكمة أسبوت من أنه إذا استبدل دين بالدين ، ثم صدر بعد الاستبدال قانون يطلى للدين الحق في عصم جزء من الدين الأول ، جاز للدين أن يتسلك بهذا القانون ، إذ هو لم يدخل في تقديره وقت الاستبدال ، ولم يحصل تقصير منه في عدم التحكك به (أسبوت أول مارس سنة ١٩٣٢ الخامسة ١٣ رقم ٢١٦ ص ٤٣٠) .

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٤٥ .
 (٢) وهذا كله لو اشترك العاقد الذى له حق إبطال العقد في التجديد . أما إذا لم يشترك فيه ، وتقدم مدعى جديد يعتقد مع الدائن ليحل محل المدين الأصل الذى له حق إبطال العقد ، فإن هذا المدين الأصل يبقى على حقه في طلب إبطال العقد ، حتى لو كان المدين الجديد مالماً بسبب الإبطال . فيسقط التجديد أو يصح ، تبعاً لما إذا أبطل المدين الأصل العقد أو أجزأه (بودرى وبارد ٣ فترة ١٦٩٢) .

(٣) مخطوط ٨ يناير سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية ٣١ رقم ١١٦ ص ٣٥٠ .

وإذا كان الالتزام القديم معلقاً على شرط ، واقعاً كان الشرط أو فاسخاً ، فإن التجديد يكون هو أيضاً معلقاً على هذا الشرط . فإذا تحقق الشرط الواقف ، أو لم يتحقق الشرط الفاسخ ، أصبح التجديد باتاً . إما إذا لم يتحقق الشرط الواقف ، أو تحقق الشرط للفاسخ ، فانهلص الالتزام القديم ، انعدم تبعاً له الالتزام الجديد ، وسقط التجديد (١) .

وإذا كان الالتزام القديم التزاماً طبيعياً ، فقد قدمنا في الجزء الثاني من الوسيط عند الكلام في الالتزام الطبيعي ، أن الالتزام الطبيعي لا يكون محلاً للتجديد ، وإنما يكون سبباً (cause) يقوم عليه الالتزام الجديد (٢) .

٤٨٨ - انشاء التزام جديد: ويفترض التجديد أيضاً قيام التزام جديد ، هو الذي يقع عليه التجديد فينشئه ، ويعمل الالتزام الجديد محل الالتزام القديم الذي يكون قد انقضى بالتجديد .

ويجب ، حتى يتم التجديد ، أن ينشأ هذا الالتزام الجديد صحيحاً ، فإن الدائن لم يقبل انقضاء الالتزام القديم إلا في مقابل إنشاء الالتزام الجديد . ومصدر هذا الالتزام الجديد هو التجديد ذاته ، أي العقد الذي أبرم ما بين الدائن والمدين . فإذا كان هذا العقد باطلاً ، لم ينشأ الالتزام الجديد ، وسقط التجديد تبعاً لذلك ، وبقي الالتزام على أصله دون أن ينقضى .

(١) أوبري رو ، ٤ ققرة ٣٢٤ - ٣٢١ - ص ٣٢٢ - ومع ذلك قد تنصرف نسبة الطرفين إلى بقاء التجديد حتى لو زال الالتزام القديم بحكم الشرط ، كما إذا جدد الطرفان التزاماً معلقاً على شرط قيمته مائة فأحلا محله التزاماً باتاً قيمته خمسون ، فصبح التجديد باتاً تحقق الشرط أو تخلف (استئناف مخطط ٧ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٧٩ - وانظر : بودري وبارد ٣ ققرة ١٦٩٣ - بلاتويل وريبير ودهوان ٧ ققرة ١٢٥٨) .

(٢) انظر المسادة ٢٠٢ مدني - وانظر عكس ذلك المادة ٣/٣٢٢ من تقنين الموجبات والمفرد البناني .

وإذا انقضت مدة التقادم في التزام معين ، فقبل انقضاءه بالتقادم يبق الالتزام قائماً ، ويجوز تجديده ، ويعتبر التجديد زولاً من حق انقضاءه بالتقادم . أما بعد انقضاءه بالتقادم ، فإن الالتزام يسقط ، ويختلف منه التزام طبيعي ، لا يكون قابلاً للتجديد ، ولكن يجوز اتخاذه سبباً لإنشاء التزام مدني (دى باج ٣ ققرة ٥٧٠) .

وإذا كان عقد التجديد قابلاً للإبطال ، فإن مصير التجديد يبقى مهلهذا (١) .
فإذا ما أبطله صاحب الحق في الإبطال ، زال الالتزام الجديد ، وعاد الالتزام
القديم بأثر رجعي ، إذ يعتبر التجديد كأن لم يكن (٢) . أما إذا أجز عقد التجديد ،
فقد انقلب التجديد صحيحاً ، وبقي الالتزام الجديد قائماً على وجه بات يحل
حل الالتزام القديم .

وإذا كان عقد التجديد معلقاً على شرط واقف أو شرط فاسخ ، ظل التجديد
معلقاً على هذا الشرط (٣) . فإن تحقق الشرط الواقف ، أو لم يتحقق الشرط
الفاسخ ، أصبح لإنشاء الالتزام الجديد نهائياً وتم التجديد على وجه بات .
أما إذا لم يتحقق الشرط الواقف أو تحقق الشرط الفاسخ ، فإن الالتزام الجديد
يزول ويعود تبعاً لذلك الالتزام القديم بأثر رجعي ، ويعتبر التجديد
كأن لم يكن (٤) .

المطلب الثاني

اختلاف ما بين الالتزامين في أحد العناصر

٤٨٩ — النصوص القانونية : تنص المادة ٣٥٢ من التقنين المدني على

ما يأتي :

• يتجدد الالتزام :

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي : « وإن كان الالتزام الجديد هو
التقابل الجلتان ، بطل التجديد قائماً حتى يقضى بإبطال هذا الالتزام : انظر المادة ٣٢٢ من التقنين
البناني » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٤٥) .

(٢) وقد يقبل الدائن الالتزام الجديد القابل للإبطال على حالته ، معضداً على أن صاحب
الحق في الإبطال سيجوز عقد التجديد ولا يبطله ، فيعرض بانتفاء الالتزام القديم على وجه بات
حتى لو أبطل عقد التجديد . في هذه الحالة ، إذا أبطل عقد التجديد على خلاف ما أمله الدائن ،
فإن الالتزام القديم لا يعود بالرغم من سقوط التجديد ، ويكون الدائن عندما يقبل التجديد على هذا
التحو قد أبرم في الواقع من الأمر مقدماً احتياطياً (ديولومب ٢٨ فقرة ٥٢١ — لوران ١٨
فقرة ٢٥٣ — بودرى وبارد ٣ فقرة ١٦٩٦ — بلانيوك وديبير وودوان ٧ فقرة ١٢٥٩) .

(٣) بودرى وبارد ٣ فقرة ١٦٩٥ .

(٤) أوبري ورو ٤ فقرة ٣٢٤ ص ٣٢٢ — وهذا كله ما لم يقصد الطرفان أن يبقى الالتزام —

« أولاً - بتغيير الدين إذا اتفق الطرفان على أن يستبدلا بالالتزام الأصل التزاماً جديداً يختلف عنه في محله أو في مصدره » .

« ثانياً - بتغيير الدين إذا اتفق الدائن مع أجنبي على أن يكون هذا الأجنبي مدينةً مكان الدين الأصلي وعلى أن تبرأ ذمة الدين الأصلي دون حاجة إلى رضائه ، أو إذا حصل الدين على رضا الدائن بشخص أجنبي قبل أن يكون هو المدين الجديد » .

« ثالثاً - بتغيير الدائن إذا اتفق الدائن والمدين وأجنبي على أن يكون هذا الأجنبي هو الدائن الجديد » (١) .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ١٨٧/٢٥١ (٢) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٣٥٠ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٣٣٩ - وفي التقنين المدني العراقي المادتين ٤٠١ و ٤٠٢ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٣٢٣ (٣) .

— الجهد قائماً حتى لو زال الالتزام القديم بمحقق الشرط القاسخ أو بدم تحقق الشرط الواقف ، فإن زال الالتزام القديم حل هذا التحولق الالتزام الجديد قائماً وفقاً لإرادة الطرفين ، ولكن لا يكون هذا تجديد (يودى وبارد ٣ فقرة ١٦٩٥ - بلانيول وريبير ودروان ٧ فقرة ١٢٥٩) . (١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٤٨٩ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٦٤ من المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٣٥٢ (مجموعة الأعمال التصحيحية ٣ ص ٢٤٢ - ص ٢٤٤) .

(٢) التقنين المدني السابق م ٢٥١/١٨٧ : يحصل الاستبدال بأحد الأمور الآتية : أولاً - إذا اتفق الدائن والمدين على استبدال الدين الأصلي بدين جديد أو حل تغيير سبب الدين الأصل بسبب آخر . ثانياً - إذا اتفق الدائن مع شخص على انتقال الدين للتمتع براءة ذمة المدين الأصلي بدون احتياج لرضاء بذلك ، أو استحصال المدين على رضائه بذلك باستيفاء دينه من شخص آخر ملتزم بإدائه بدلاً عن المدين . ثالثاً - إذا اتفق الدائن مع مدينه على دفع الدين لشخص آخر وارثي الشخص المذكور ذلك .

(ولا فرق في هذا ما بين التقنينين القديم والجديد : انظر الموجز المؤلف فقرة ٥٧٥) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٣٥٠ (مطابقة المادة ٣٥٢ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني الليبي م ٣٣٩ (مطابقة المادة ٣٥٢ من التقنين المدني المصري) .

٤٩٠ - تدبر من مخالفته الالتزام الجبري للالتزام القديم في عنصر

هام: ويخلص من النص المتقدم الذكر أنه حتى يكون هناك تجديد ، لا بد أن يخالف الالتزام الجديد الالتزام القديم في عنصر من عناصره الهامة . أما إذا كان الالتزام الجديد لا يغير الالتزام القديم ، فلا يعلو الأمر أن يكون هذا إقراراً (reconnaissance) بالالتزام القديم كما هو دون تغيير ، أو إقراراً (ratification) له حتى يسرى في حق الغير ، أو إجازة (confirmation) له حتى يزول البطلان ، أو نحو ذلك ، ولكنه لا يكون على كل حال تجديدًا .

كذلك إدخال تعديل غير جوهري (١) على الالتزام القديم لا يعد تجديدًا (٢) .

- التقنين الملكي المراق م ٤٠١ : يجوز تجديد الالتزام باتفاق الطرفين ، على أن يستبدل بالالتزام الأصل التزاماً جديداً يختلف عنه في محله أو في مصدره .

م ٤٠٢ : يجوز تجديد الالتزام أيضاً بتغيير الدائن إذا اتفق الدائن والمدين وأجنبي على أن يكون هذا الأجنبي مدينًا مكان المدين الأصل وعلى أن تبرأ ذمة المدين الأصل دون حاجة لرضائه ، أو إذا قبل شخص أجنبي أن يكون المدين الجديد وحصل للمدين الأصل على إجازة الدائن لذلك . (وهذه الأحكام متفقة مع أحكام التقنين المصري: انظر الأستاذ حسن النون في أحكام الالتزام في القانون الملكي المراق فقرة ٣٣٥) .

تقنين الموجبات والعقود البنائي م ٣٢٣ : لا يكون التجديد إلا بإدخال عنصر جديد في الموجب . ويتناول التعديل ، إما شخص أحد المتصلقين ، وإما موضوع الموجب ، وإما السند القانوني الذي يستمد منه الموجب .

(وهذه الأحكام متفقة مع أحكام التقنين المصري ، رغم اقتضاب نص التقنين البنائي) .

(١) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن استبدال الالتزام عقد يتفق فيه الطرفان على أن يقضيا على التزام سابق وعلى أن يحل محله التزاما آخر يختلف عن الأول بأحد عناصره الهامة : الماتدين أو الموضوع أو السبب القانوني . ومن المتفق عليه علمًا وقضاء أن التعديلات التي تطرأ على قيمة الالتزام ، أو أجله ، أو طريقة الدفع ، أو التأمينات ، أو شكل العقد بأن كان العقد رسميًا فأصبح مرفيًا أو العكس ، لا تكن لإحداث الاستبدال القانوني (استئناف مصر ٥ مايو سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية ٣٢ رقم ١٠ ص ١٧) ، إلا إذا وجد من الظروف ما يدل على أن نية الطرفين قد انجذبت إلى تجديد الدين (استئناف مصر ٢٣ أكتوبر سنة ١٩٤٥ المجموعة الرسمية ٤٦ رقم ١٢٩) .

(٢) استئناف غلظت ١٥ ديسمبر سنة ١٩٣٨ م ٥١ ص ٦٤ : مجرد تعيين طريق الوفاء (mode de règlement) مع التصريح بأن ليس هناك تجديد لا يعتبر تجديدًا .

فاضافة أجل الى الالتزام القديم ، أو مد أجل قائم ، أو إلغاء أجل موجود (١) ، كل ذلك لا يعد تعديلاً جوهرياً بحيث يكون الالتزام الجديد مغايراً للالتزام القديم إلى حد أن يكون هناك تجديداً (٢). كذلك إضافة شرط جزائي إلى الالتزام ، أو تقديم تأمين عيني أو شخصي ، أو إلغاء هذا التأمين ، أو تعديل مكان الوفاء ، أو تعديل سعر الفائدة بخفضها أو رفعها ، أو تغيير مقدار الدين بزيادته أو نقصه ، كل ذلك لا يعد تعديلاً جوهرياً يترتب عليه تجديد الالتزام (٣). وهذا كله ما لم يصرح الطرفان أنهما أرادا تجديداً ، فيتم التجديد ، وتعتبر هذه التعديلات عندئذ تغييراً في محل الدين (٤).

أما تعليق التزام منجز على شرط واقف أو شرط فاسخ ، أو بالعكس إلغاء شرط واقف أو فاسخ كان الالتزام مطلقاً عليه فأصبح التزاماً منجزاً ، فإن هذا يعد تعديلاً جوهرياً في الالتزام إلى حد أن يكون تجديداً له بتغيير محل الدين (٥).

(١) استئناف مخطوط ٦ يونيو سنة ١٨٨٩ م ١ م ٢٣٨ - ١٥ فبراير سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ١٦٩ - ٥ مايو سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢٦٤ .

(٢) بودري وبارد ٣ فقرة ١٧٠٣ : إبدال ورقة تجارية (كبيالة مثلا) بورقة أخرى لمدة الأجل لا يعد تعديداً .

(٣) النظر المادة ٢/٣٥٤ مدني وسيأتي ذكرها فيما يلي فقرة ٤٩٧ - وانظر بيدان ولاجاراد ٩ فقرة ٩٩٨ ص ٨٥ .

(٤) قارن الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ٢٧٣ .

(٥) بودري وبارد ٣ فقرة ١٧٠٢ - بلاتيهول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٦٤ - ولا يعد تجديدًا الصلح مع المفلس ، أو تغيير العملة التي يكون بها الوفاء ، أو تعيين وكيل لقبض الدين (بودري وبارد ٣ فقرة ١٧٠٤ - فقرة ١٧٠٩ - أوبري ورو ٤ فقرة ٣٢٤ ص ٣٢٨ - ص ٣٢٩ - بلاتيهول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٦٤ - بيدان ولاجاراد ٩ فقرة ٩٩٨ ص ٨٥) . أما تعديل الالتزام البسيط إلى التزام تخيري ، أو بالعكس تعديل الالتزام التخيري إلى التزام بسيط ، فيعد تجديدًا ، لأن التعديل تناول ذاتية محل الالتزام . بخلاف ما إذا عدل الالتزام البسيط ، إلى التزام بطل ، أو عدل الالتزام البطل إلى التزام بسيط ، فإن هذا ليس بتجديد لأن التعديل لم يتناول إلا طريقة من طرق تنفيذ الالتزام (انظر في هذا المعنى بودري وبارد ٣ فقرة ١٧٠٢) . كذلك صدور حكم بالدين لا يعد تجديدًا لهذا الدين ، بل يرضى الدين المحكوم به كما هو محكومته وضمائنه ، وكل ما تغير فيه أنه صار مقرراً يستتبعه هو الحكم . أما في القانون الروماني فقد كانت الصناعة فيه تقتضي أن يكون الحكم تجديدًا للدين (انظر في هذا المعنى بيدان ولاجاراد ٩ فقرة ٩٩٨ ص ٨٤ - ص ٨٥) .

ويمكن حصر التعديلات الجوهرية التي يتم بها التجديد ، كما هو ظاهر نص المادة ٣٥٢ مدني السابق ذكرها ، في ثلاثة : (١) تعديل بتغيير الدين في محله أو في مصلره ، ويكون هذا تجديدًا بتغيير الدين (novation par changement d'objet) (٢) تعديل بتغيير شخص الدائن (novation par changement de créancier) (٣) تعديل بتغيير شخص المدين (novation par changement de débiteur) (١)

٤٩١ - التغير بتغيير الدين في محله أو في مصلره : تقرر المادة ٣٥٢ مدني ، كما رأينا ، أن الالتزام يتجدد بتغيير الدين إذا اتفق الطرفان على أن يستبدلا بالالتزام الأصلي التزاماً جديداً يختلف عنه في محله أو في مصلره (٢).

ويختلف الالتزام الجديد عن الالتزام القديم في المحل إذا كان محل الالتزام القديم نقوداً مثلاً ، فاتفق الطرفان على أن يكون الالتزام الجديد محله بضاعة أو عروض أو منقول أو عقار كقنادير من القطن أو الحنطة أو كسيارة أو أرض أو دار . وقد يكون محل الالتزام القديم بضاعة أو عروضاً أو منقولا أو عقاراً ، فيتجدد بالالتزام يكون محله نقوداً (٢) . وقد يكون محل الالتزام مبلغاً مقطوعاً من المال ، فيتجدد إلى التزام محله إيراد مؤقت أو إيراد مؤبد ، أو العكس يكون المحل إيراداً مؤقتاً أو مؤبداً فيتجدد إلى محل هو مبلغ مقطوع . ويمكن أن تتغير طبيعة المحل ، فيكون تجديدًا إبدال دين تجاري بدين مدني أو دين مدني

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيني في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٤٣ - ولا يوجد ما يمنع من أن يتم التجديد بتعديل أكثر من عنصر واحد من هذه العناصر الثلاثة ، أو بتعديلها جميعاً (بودري وبارد ٣ فقرة ١٦٩٧) . وقد رأينا أن حوالة الدين المقيدة في بعض مذاهب الفقه الإسلامي هي تجديد بتغيير المدين وتغيير الدائن في وقت واحد (انظر آنفاً فقرة ٢٤٠) .

(٢) استئناف غخط ١٧ أبريل سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢٠٤

(٣) وقد رأينا أنه إذا نفذ الالتزام الجديد نقوداً كان هذا وفاء بمقابل لا تجديدًا ، وأن الذي يميز بين الوفاء بمقابل والتجديد هو التنفيذ الفوري أو المتراخي للالتزام الجديد . فإن كان التنفيذ فورياً التقضى الالتزام الأصل من طريق الوفاء بمقابل (أي بتجديد ثم وفاء) ، وإن تراخى التنفيذ انقضى الالتزام الأصل من طريق التجديد .

بلدين تجارى (١). ويغلب أن يتعادل المخل الجديد مع المخل القديم فى القيمة ، ولكن هذا التعادل غير ضرورى لصحة التجديد ، فقد يزيد أحدهما عن الآخر أو ينقص .

ويختلف الالتزام الجديد عن الالتزام القديم فى المصدر إذا اتفق البائع والمشتري مثلاً على أن يبقى الثمن فى ذمة المشتري على سبيل القرض ، فيبعد أن كان مصدر الالتزام عقد بيع أصبح مصدره عقد قرض (٢) . كذلك إذا جدد حافظ الوديعة التزامه برد الوديعة فاقترضها والتزم بردها كقرض لا كوديعة ، أو بالعكس جعلها بعد القرض وديعة ، كان هذا تجديدًا بتغيير مصدر الالتزام ، فيبعد أن كان مصدره وديعة أصبح المصدر قرضاً ، أو بعد أن كان المصدر قرضاً صار وديعة . كذلك إذا استبدل المستعير أو حافظ الوديعة بالتزاماته التزامات المستأجر ، فأصبح مستأجراً لما استعاره أو لما استودع إياه ، كان هذا تجديدًا بتغيير المصدر ، فقد أصبح المصدر إيجاراً بعد أن كان عارية أو وديعة (٣) .

٤٩٢ - التعبير بتغيير الرأى : وتقرر المادة ٣٥٢ مدق أيضاً ،

كما رأينا ، أن الالتزام يتجدد بتغيير الدائن إذا اتفق الدائن والمدين وأجنبي على أن يكون هذا الأجنبي هو الدائن الجديد . فيجب إذن اتفاق الأطراف الثلاثة : المدين والدائن القديم والدائن الجديد . فالمدين يتفق مع الدائن القديم على انقضاء الالتزام السابق ، ويتفق مع الدائن الجديد على إنشاء الالتزام الجديد الذى يحل محل الالتزام السابق . وبذلك يتم التجديد بتغيير الدائن ، فينقضى التزام سابق ويحل محله التزام جديد يختلف عن الالتزام السابق

(١) بودرى وهارد ٣ فقرة ١٧٠١ .

(٢) استئناف مخطط ١٧ يونيو سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٤٤٢ - بلايول وريير وردوان

٧ فقرة ١٢٦٣ .

(٣) وقد يكتب المستأجر بالاجرة المتأجرة سنداً إذنيّاً أو سنداً مادياً ، يقسط فيه الأجرة

بعد أن يحط جزءاً منها ويشترط براءة ذمته من الأجرة ، فيكون هذا تجديدًا بتغيير مصدر الدين :

استئناف مخطط ٥ مايو سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٢٤١ - وانظر أيضاً : استئناف مخطط ١٧

أبريل سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢٠٤ .

بأن الدائن قد تغير (١) .

ونقارن هنا عملية التجديد هذه بعمليتين أخرتين يتغير فيهما الدائن أيضاً :
حوالة الحق والحلول الإضافي . وتقتصر في المقارنة على الكيفية التي تتم بها
كل عملية من هذه العمليات الثلاث ، مرجعين المقارنة من حيث الأثر الذي
يترتب على كل عملية إلى مكان آخر (٢) . فقد رأينا أن التجديد بتغيير الدائن
لا يتم إلا باتفاق بين المدين والدائن القديم والدائن الجديد . أما حوالة الحق فقد
تقدم القول بأنها تتم باتفاق بين الدائن القديم والدائن الجديد دون حاجة إلى رضا
المدين ، ويكفي إعلانه بالحوالة لا لاتخاذها بل لتنفذ في حقه . ذلك أن الحق
الذي انتقل إلى الدائن الجديد في حوالة الحق هو نفس الحق الذي في ذمة المدين ،
فليس هناك حق جديد يلتزمه المدين فيقتضى رضاه بهذا الالتزام ، ولم يقع إلا أن
المدين قد تغير عليه دأته وهذا ليس من الخطر بحيث يستلزم رضاه المدين .
أما في التجديد بتغيير الدائن فقد انقضى دين قديم وحل محله دين جديد شغل
ذمة المدين ، فلا بد في انعقاد هذا الدين الجديد من اتفاق بين المدين والدائن
الجديد ، ومن ثم كان لا بد من رضاه المدين .

وفي الحلول الإضافي رأينا أن دائناً جديداً يحل محل دائن قديم في نفس الدين ،
فالحلول من هذه الناحية يتفق مع الحوالة ويختلف عن التجديد . ثم لن الحلول
يتضمن وفاء الدين من جهة وانتقاله إلى دائن جديد من جهة أخرى كما سبق .
وكل من الوفاء وانتقال الدين لا يقتضى اتفاقاً إلا بين طرفين اثنين ، لا بين
الأطراف الثلاثة . فاما أن يتفق الدائن الجديد مع الدائن القديم على أن يوفيه
الدين ويحل محله فيه ، ولما أن يتفق الدائن الجديد مع المدين على الوفاء بالدين
للدائن القديم وعلى قبول المدين إياه دائناً جديداً محل الدائن القديم . فأحد

(١) فيجب إذن اتفاق الأطراف الثلاثة على أن يحل الدائن الجديد محل الدائن القديم في دين
جديد . فلا يكون هناك تجديد إذا انضم للدائن الجديد إلى القديم في نفس الدين ، بل يكون
هناك اتفاق على تضامن ما بين الدائنين . ولا يكون هناك تجديد إذا لم يتفق على أن يكون للشخص
الجديد دائناً ، بل وكلاء عن الدائن في قبض الدين (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٦١) .

(٢) انظر فقرة ٥٠٢ فيما يلي .

الطرفين في الحلول إذن هو الدائن الجديد، والطرف الثاني إما أن يكون الدائن القديم وإما أن يكون المدين .

٤٩٣ - التجهيز بتغيير المدين : وتقرر المادة ٣٥٢ مدني أخيراً ، كما رأينا ، أن الالتزام يتجدد بتغيير المدين إذا اتفق الدائن مع أجنبي على أن يكون هذا الأجنبي مديناً مكان المدين الأصلي وعلى أن تبرأ ذمة المدين الأصلي دون حاجة إلى رضائه ، أو إذا حصل المدين على رضاه الدائن بشخص أجنبي قبل أن يكون هو المدين الجديد .

فالتجديد بتغيير المدين يتم إذن بإحدى طريقتين تقابلان الطريقتين اللتين سبق ذكرهما في حوالة الدين . فاما أن يتفق المدين القديم والمدين الجديد والدائن على التجديد ، بحيث يتقضى الدين القديم ويحل محله دين جديد يكون المدين فيه هو المدين الجديد . وهذه الطريقة تقابل ما رأيناه في حوالة الدين من اتفاق المدين القديم مع المدين الجديد على الحوالة وإقرار الدائن لهذه الحوالة حتى تنفذ في حقه . وهناك لا يشترط رضاه الدائن في انعقاد الحوالة وإنما يشترط هذا الرضاء في نفاذ الحوالة في حق الدائن ، أما هنا في التجديد فيشترط رضاه الدائن في انعقاد التجديد لا في نفاذه فحسب . والسبب في ذلك أن التجديد يتضمن قضاء دين قديم لأحد طرفيه الدائن ، وإنشاء دين جديد لأحد طرفيه هو الدائن أيضاً ، فكان لا بد من رضائه لقضاء الدين القديم وإنشاء الدين الجديد . أما حوالة الدين فتنتقل نفس الدين من ذمة المدين القديم إلى ذمة المدين الجديد ، فكان لا بد من رضائهما ، ولا ضرورة لرضاه الدائن مادام الدائن هو هو لم يتغير ، ولكن لما كان سيتغير عليه مديته فقد اشترط رضاؤه لنفاذ الحوالة في حقه لا في انعقادها (١) .

(١) وتغير المدين على الدائن أشد خطراً من تغير الدائن على المدين ، لأن قيمة الدين تتأثر بشخص المدين أكثر من تأثرها بشخص الدائن . ولذلك وجب رضاه الدائن في نفاذ حوالة الدين ، لأن المدين قد تغير وإن كان الدائن لم يتغير . ولم يجب رضاه المدين في حوالة الحق ، لأن المدين لم يتغير وإن تغير الدائن . وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

والطريقة الثانية في تجديد الدين بتغيير المدين تكون باتفاق الدائن والمدين الجديد على أن يأخذ هذا المدين مكان المدين الأصلي ، ولا حاجة لرضاء المدين الأصلي لافي انعقاد التجديد ولا في نفاذه (١) . وهذه الطريقة تماثل تماماً الطريقة الأخرى في حوالة الدين ، حيث يجوز أن تتم الحوالة باتفاق بين الدائن والمدين الجديد دون حاجة لرضاء المدين الأصلي : والعلة واحدة ، في عدم اشتراط رضاء المدين الأصلي ، في حالتي التجديد والحوالة . فالمدين الجديد في التجديد يني الدين القديم عن المدين الأصلي عن طريق إنشاء دين جديد في ذمته هو ، ومعروف أن من الجائز أن أجنبياً يني الدين عن المدين دون حاجة إلى رضائه . والمدين الجديد في حوالة الدين يتفق مع الدائن على أن يتحمل هو بالدين مكان المدين الأصلي ، وهو في ذلك ليس في حاجة إلى رضاء المدين الأصلي إذ هو يستطيع أن يرى ذمة هذا المدين دون رضائه كما قدما . ولكن يلاحظ أن الدائن عند ما يتفق مع المدين الجديد على التجديد فإنه يتفق معه على قضاء الدين القديم وإنشاء دين جديد كما سبق القول ، أما عند ما يتفق الدائن

(١) وإذا شامل دائن التركة مع الورثة ، بصفاتهم الشخصية ، كان هذا تجديدًا للدين بتغيير المدين ، فقد اتفق الدائن مع الورث وهو المدين الجديد على أن يأخذ هذا مكان المدين القديم وهي التركة . فيجوز لدائن شخصي الورث ، في هذه الحالة ، أن يمتنع على دائن التركة بهذا التجديد ، ويستهبره قد أصبح هو أيضاً بعد التجديد دائناً شخصياً للورث ، فيزاحمه مزاحمة للزماء في نصيب الورث في التركة (استئناف مخطوط ٦ مارس سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ١٩٨ - ١٩ فبراير سنة ١٩٣٥ م ٤٢ ص ١٥٦ - أول ديسمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ٢٧ - ٩ فبراير سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٩٨ : التنفيذ على مال الورث الخاص يعتبر بمثابة تجديد) . وانظر أيضاً : استئناف مخطوط ٣٠ نوفمبر سنة ١٨٩٨ م ١١ ص ٢١ .

وأكثر ما يكون التجديد بتغيير المدين في العمل أن يحدد دائن التركة حقه بتغيير مدينه فيستل الورث مدينًا له بدلاً من التركة ، أو أن يكون المدين الجديد مدينًا للمدين القديم فينوب ، الوفاء بهذا الدين ، عن المدين القديم في الوفاء بحق الدائن (بلانول وديير وبولانجيه ٢ فقرة ١٨٠٥) . ولكن لا بد ، في هذه الحالة الأخيرة ، من الاتفاق على التجديد في وضوح . وقد قضت محكمة الاستئناف الورطية بأن مجرد مطالبة الدائن بدين مدينه من مدين آخر ، سواء كانت المطالبة برضاء المدين الأصلي أو بغير رضاه ، لا يمد استبدال دين بغيره مبرراً للغة الكفيل ، ولا يبرأ الكفيل إلا بعد حصول الدائن على دين مدينه هذا . ويقدره فقط (٢٨ يناير سنة ١٨٩٧ الحقوق ١٢ ص ٣٣٦ - انظر أيضاً : استئناف مصر ٤ يناير سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٤ رقم ٣٢١ ص ٦١٦) .

مع المدين الجديد على حواله الدين فانه يتفق معه على تحويل نفيس الدين إلى ذمته لا على إنشاء دين جديد .

وإذا تم التجديد بتغير المدين باتفاق بين الدائن والمدين الجديد دون اشتراك المدين الأصلي ، فان المدين الجديد يكون في حكم من يتعهد بدلا من المدين الأصلي ، ولذلك يسمى التجديد في هذه الحالة بالتعهد بدلا من المدين (expromission) (١) . أما إذا تم التجديد باتفاق بين المدين الأصلي والمدين الجديد والدائن ، فان المدين الأصلي يكون قد أناب المدين الجديد عنه في وفاء الدين عن طريق إنشاء دين جديد مكانه ، ولذلك يسمى التجديد في هذه الحالة بالإنابة في الوفاء (délégation) . وهي هنا إنابة كاملة (délégation parfaite) لأن الدين القديم ينقضى ويحل محله دين جديد . وقد تكون الإنابة - كما سنرى - قاصرة (délégation imparfaite) ، وفيها يبقى المدين الأصلي ، فلا ينقضى دينه كما في الإنابة الكاملة ، وإنما ينضم إليه المدين الجديد فيصبح هو أيضاً مديناً بدين آخر لنفس الدائن ، ومن ثم يصبح للدائن مدينتان أحدهما مدين بالدين الأصلي والآخر مدين بدين جديد ، ومتى قضى أحدهما دينه برئت ذمة الآخر . وسنعود إلى تفصيل ذلك عند الكلام في الإنابة .

وسواء تم التجديد بتغير المدين بطريقة أو بأخرى ، فقد رأينا أن رضاه

(١) أما إذا انضم المدين الجديد إلى المدين القديم بصفته كفيلاً له أو مديناً متضامناً معه ، دون أن ينقضى الالتزام الأصلي ، فإن هذا لا يند تحتهداً بدلا من المدين ، بل يكون تعهداً من المدين في حالة الكفالة أو تعهداً مع المدين في حالة التضامن . وكان الرومان يميزون بين الخائنين ، ليدعون التعهد بدلا من المدين expromissio ، وليدعون التعهد من المدين أو معه adpromissio .

ولا يجوز تحليل التعهد بدلا من المدين expromissio على أنه اشتراط لمصلحة الغير ، اشتراط فيه المدين الجديد على الدائن إبراء ذمة المدين الأصلي في مقابل إنشاء التزام جديد في ذمة المدين الجديد للدائن . إذ لو كان هذا التحليل صحيحاً لترتب عليه أن المدين الأصلي ، وهو المنتفع في هذا الاشتراط ، يكون له الحق في إقرار الاشتراط أو عدم إقراره ، فيتوقف مصير التجديد على رضائه ، مع أن التجديد بالطريقة التي نحن في صددنا لا يحتاج أصلاً كما قلنا لرضاء المدين الأصلي لا لوجود التجديد ولا لإقراره بعد وجوده (انظر بودري وبارد ٣ بقرة ١٧١٧) .

كل من الدائن (١) والمدين الجديد ضرورى . ثم تختلف الطريقتان بعد ذلك ،
فى طريقة منهما نكتفى برضاء هذين الاثنين ، وفى الطريقة الأخرى لابد أن ينضم
الى رضاها رضاء المدين الأصل (٢) .

المطلب الثالث

نية التجديد

٤٩٤ — النصوى القانونى: تنص المادة ٣٥٤ من التقنين المدنى

على ما يأتى :

١ — التجديد لا يفترض ، بل يجب أن يتفق عليه صراحة ، أو أن يستخلص
بوضوح من الظروف .

(١) ولا بد أن يرعى الدائن بتجديد الدين وإبراء ذمة المدين القديم ، فإن لم يعبره ذمته
واستبقاه مديناً كان هذا إجابة قاصرة كما قلنا (استئناف غلط ١٦ مايو سنة ١٨٨٩ م ١٩ -
ص ١٨٧ - ٣ يونيو سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٣٧٩ - ١٥ نوفمبر سنة ١٩٠٠ م ١٣ ص ١٩ -
٣ أبريل سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢١٨ - ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٠٧ م ٢٠ ص ٩ - ١٣ مايو
سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٢١٤ - ٢٧ يناير سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ١١٤ - ٨ يوليو سنة ١٩١٠
م ٢٢ ص ٣٥٦ - ٣٠ نوفمبر سنة ١٩١١ م ٢٤ ص ٢٥ - ٢٦ يوليو سنة ١٩١٢ م ٢٤
ص ٤١٨ - ١٧ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٢٠ - ٢٢ يناير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ١٦٧ -
٢٣ ديسمبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ٧٢ - ٢٨ مارس سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٣٢٨ - ١٥ يناير
سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ١٥٢ - ٢٩ أكتوبر سنة ١٩١٨ م ٣١ ص ٦ - ٢٠ مايو سنة ١٩٢٤
م ٣٦ ص ٣٧٤ - ١٠ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٤٥٢ - ٢ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢
ص ١٤٠ - ٦ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٧٤ - ٢٠ يناير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ١٦٢ -
٢٢ يناير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ١٦٩ - أول مارس سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٢٠٥ - ٢٠ ديسمبر
سنة ١٩٣٤ م ٤٧ ص ٧١ - ٢٥ يونيو سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٩١) .

(٢) ويجب أن ينصب رضاء المدين الأصل على قضاء الدين القديم وإنشاء دين جديد ، فإن
انصب على انتقال نفس الدين من ذمته إلى ذمة المدين الجديد كان هذا حوالة دين لا تجديداً . وإن
انصب على بقاء الدين فى ذمته مع انتقاله إلى دائن جديد ، لم يكن هذا أيضاً تجديداً ، بل هو
حوالة حق . ولقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن رضاء المدين بحوالة الحق التى أجزاها دائمه
لا يترتب عليه تجديد الدين (استئناف غلط ١٤ مايو سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٣٣٣ - ١١ فبراير
سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ١٥٤) .

٢ — ويوجه خاص لاستفاد التجديد من كتابة سند بدين موجود قبل ذلك ، ولا مما يحدث في الالتزام من تغير لا يتناول إلا زمان الوفاء أو مكانه أو كيفيته ، ولا مما يدخل على الالتزام من تعديل لا يتناول إلا التأمينات أو سعر الفائدة ، كل هذا ما لم يوجد اتفاق يقضى بغيره .

وتنص المادة ٣٥٥ على ما يأتي :

١ — لا يكون تجديدًا مجرد تقييد الالتزام في حساب جلو .

٢ — وإنما يتجدد الالتزام إذا قطع رصيد الحساب وتم إقراره . على أنه إذا كان الالتزام مكفولاً بتأمين خاص ، فإن هذا التأمين يبقى ما لم يتفق على غير ذلك (١) .

ولا مقابل لهذه النصوص في التقنين المدني السابق ، ولكن الأحكام كان معمولاً بها دون نص لاتفاقها مع القواعد العامة .

وتقابل هذه النصوص في التقنينات المدنية العربية الأخرى: في التقنين المدني السوري المادتين ٣٥٢-٣٥٣ — وفي التقنين المدني الليبي المادتين ٣٤١-٣٤٢ — وليس لها مقابل في التقنين المدني العراقي — وتقابل في تقنين الموجبات والعقود اللبناني المواد ٣٢٠ - ٣٢١ و ٣٢٤ (٢) .

(١) تاريخ النصوص :

م ٣٥٤ : ورد هذا النص في المادة ٤٩١ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٦٦ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٢٥٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٤٧ - ص ٢٤٩) .

م ٣٥٥ : ورد هذا النص في المادة ٤٩٢ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٦٧ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٣٥٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٤٩ - ص ٢٥١) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري : م ٣٥٢ - ٣٥٣ (مطابقتان لمادتين ٢٥٤ - ٢٥٥ من التقنين المدني المصري) .

وهذه النصوص قائمة على أن التجديد عقد يستلزم الرضاء والأهلية بأكمل
عقد آخر . ويتميز بأن الرضاء لابد أن يشمل على نية التجديد، ويجب أن تكون
هذه النية واضحة في العقد، لأن التجديد لا يفترض . ومن ثم لا يستفاد التجديد
من مجرد تغيرات في الالتزام لا تمس جوهره ، ولا يكون تجديدًا مجرد تقييد
الالتزام في حساب جار .

٤٩٥ — التبرير عمر: وواضح مما قدمناه أن التجديد عقد (contrat)

وإتفاق (convention) في وقت واحد . فهو اتفاق حيث يقضى الالتزام القديم ،
وهو عقد - حيث ينشئ الالتزام الجديد ، وهو في الحالتين تصرف قانوني
(acte juridique) ، وقد تقدم ذكر ذلك (١) . وأطراف هذا التصرف تختلف
باختلاف صور التجديد . ففي التجديد بتغيير الدين محلاً أو مصلواً يكون طرفا
التصرف هما الدائن والمدين . وفي التجديد بتغيير الدائن تكون أطراف التصرف
هم الدائن والمدين والدائن الجديد . وفي التجديد بتغيير المدين تكون أطراف
التصرف تارة هم الدائن والمدين والمدين الجديد ، وطورا هما الدائن والمدين
الجديد وحدهما . وقد سبق بيان ذلك تفصيلا .

والتجديد ، ككل التصرفات القانونية ، يقتضى رضاء أطرافه رضاء خالياً

== التقنين المدني الليبي : م ٣٤١ - ٣٤٢ (مطابقتان المادتين ٣٥٤ - ٣٥٥ من التقنين
المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي : لا مقابل . ولكن يمكن العمل بأحكام التقنين المدني المصري
لاتفاقها مع القواعد العامة : انظر في هذا المعنى الأستاذ حسن النون في أحكام الالتزام المدني
العراقي لفقره ٣٣٦ - ٣٣٧ .

تقنين الموجبات والمقود اللبناني : م ٣٢٠ : التجديد هو استبدال الموجب الأول بموجب
جديد . وتجديد الموجب لا يقدر وجوده ، بل يجب أن يستفاد من المقدم صراحة .

م ٣٢١ : يجب أن يكون الدائن أهلاً للتصرف في حقه ، والمدينون أهلاً للالتزام .

م ٣٢٤ : لا يستلجج التجديد من تغيير صفة الموجب أو تغيير محل الإيفاء ولا من وضع سند
قابل للقطع ولا من انضمام أشخاص آخرين إلى الموجب عليهم .

(وأحكام التقنين اللبناني والمصري متفقة) .

(١) انظر آنفاً فقرة ٤٨٤ .

من عيوب الإرادة ، ومجلا هو إنهاء الالتزام القديم وإنشاء الالتزام الجديد ،
وسبباً هو إبدال التزام بالتزام حتى ينقضى الالتزام القديم (١) .

٤٩٦ - **الأهلية في التجديد** : ويجب ، كما في كل التصرفات
القانونية ، أن تتوافر الأهلية اللازمة في أطراف التجديد .

وفي الدائن ، وهو يقضى الالتزام القديم وينشئ التزاماً جديداً ، لا يكفي
أن تتوافر أهلية الاستيفاء ، بل يجب أيضاً أن تتوافر فيه أهلية الالتزام
والتصرف (٢) . ومن ثم لا يجوز للوصى ولا للقيم أن يحدد ديناً لمحجوره إلا
باذن من المحكمة . ولا يجوز للقاصر ولا للمحجور أن يحدد ديناً له إلا بأجازة
وليه وإذن المحكمة .

وفي المدين ، وهو يقضى التزاماً قديماً وينشئ التزاماً جديداً ، لا يكفي أن
تتوافر أهلية وفاة الدين ، بل يجب أيضاً أن تتوافر فيه أهلية الالتزام (٣) .

وفي الدائن الجديد ، في حالة التجديد بتغيير الدائن ، لا تشترط لإهلية
التعاقد والإدارة لأنه لا يلزم بشيء ، بل هو دائن في الدين الجديد . فيكفي

(١) استئناف غخلط ٢٧ يناير سنة ١٩٢٥ م ٢٧ ص ١٨٢ - ويثبت التجديد وفقاً لقواعد
العامة ، فإذا زاد الدين الجديد على عشرة جنيهات وجب الإثبات بالكتابة أو بمبدأ ثبوت بالكتابة
ممزراً بالهيئة أو بالفرائض (استئناف غخلط ٢٢ يناير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ١٦٨) . وانظر في
أن الهيئة لا تجوز فيما يخالف المكتوب : استئناف غخلط ٢٧ مايو سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣٦٤ .
(٢) انظر المادة ٣٢١ من تقنين الموجبات والمقود البناني (آنفأ فقرة ٤٩٤ في الماشي) -
ديمولومب ٢٨ فقرة ٢٦٣ - لوران ١٨ فقرة ٢٥٥ - ٢٥٦ - بودري وبارد ٣ فقرة ١٧٢٢ .
وقد قلنا في التضمن أن إذا جدد أحد الدائنين المتضمنين الدين ، إما بتغيير محل الدين
أو بمصدرة أو بتغيير المدين أو بتغيير الدائن نفسه ، فإن هذا التجديد يقضى حصة الدائن في الدين
بالنسبة إلى سائر الدائنين . ولأي دائن آخر أن يرجع على المدين بالدين منقوصاً منه حصة الدائن
الذي صدر منه التجديد ، فلا تبرأ ذمة المدين إذ أن نحو سائر الدائنين إلا بمقدار حصة هذا المدين .
فإذا رجع دائن آخر على المدين بالدين على الوجه المذكور ، كان المدين المرجوع على الدائن الذي
صدر منه التجديد بما دفعه إليه زائداً على حصته (انظر آنفأ فقرة ١٣٨) .

(٣) انظر المادة ٣٢١ من تقنين الموجبات والمقود البناني (آنفأ فقرة ٤٩٤ في الماشي) -
وانظر بلانيسول وديري وودوان ٧ فقرة ١٢٦٦ - الأستاذ إسماعيل هاتم في أحكام الالتزام
فقرة ٢٧٣ ص ٣٥٥ .

أن يكون مميزاً ، ما لم يكن قد دفع عوضاً للدائن للقديم أو نزل عنه دين له في دمه فعند ذلك تشتط أهلية التصرف .

وفي المدين الجديد ، في حالة التجديد بتغير المدين ، يجب أن تتوافر أهلية الالتزام لأنه يلتزم بالدين الجديد ، فلا يكفي أن يكون مميزاً ، بل يجب أن يكون قد بلغ سن الرشد غير محجور عليه .

٤٩٧ - وضع نية التجديد: وقد رأينا أن الفقرة الأولى من المادة

٣٥٤ مدني تنص على أن التجديد لا يفترض ، بل يجب أن يتفق عليه صراحة ، أو أن يستخلص بوضوح من الظروف . فليس أي تغيير في الالتزام القديم يكفي لإظهار نية التجديد . ونية التجديد لا تفترض ، إذ الأصل ألا يكون هناك تجديد حتى يقوم الدليل على العكس . فلا بد إذن من أن تكون نية التجديد صريحة في العقد ، أو في القليل لا بد أن تكون واضحة بحيث لا يكون هناك مجال للشك فيها . وعند الشك فيها إذا كان يراد التجديد أو لا يراد ، فإن الشك يفسر ضد التجديد ، ولا يعتبر أن هناك تجديداً (١) .

(١) نقض مدني ١٩ مارس سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٠٢ من ٦٧٣ - استئناف مصر ٥ مايو سنة ١٩٣٥ المجموعة الرسمية ٣٢ رقم ١٠ من ١٧ - استئناف مختلط ٦ يونيو سنة ١٨٨٩ م ١ من ٢٣٨ - ٤ فبراير سنة ١٨٩٥ م ٢ من ٣٧٢ - ٢٩ مايو سنة ١٨٩٥ م ٢ من ٣٠٠ - ٤ فبراير سنة ١٨٩١ م ٣ من ١٧٢ - ١٥ فبراير سنة ١٨٩١ م ٣ من ٣٠٧ - ٣٠ ديسمبر سنة ١٨٩١ م ٤ من ٧٦ - ١٧ أبريل سنة ١٩٠٠ م ١٢ من ٢٠٤ - ٣ أبريل سنة ١٩٠٢ م ١٤ من ٢١٨ - ١٤ مارس سنة ١٩٠٦ م ١٨ من ١٤٧ - ١٨ مايو سنة ١٩٠٩ م ٢١ من ٣٥٦ - ٢٣ ديسمبر سنة ١٩١١ م ٢٤ من ١٥ - ١٩ أبريل سنة ١٩١٦ م ٢٨ من ٢٥٩ .

ويجب أن تكون نية التجديد من الوضوح بحيث تتعارض الظروف مع احتمال بقاء الالتزام القديم (بودي وبارد ٣ ققرة ١٧٣١) . فظهر مدين جديد أو دائن جديد لاستفادته ضرورة نية التجديد ، إذ قد يكون هذا المدين الجديد قد انضم إلى المدين الأصل مدينًا متضامناً أو كفيلًا ، أو يكون هذا الدائن الجديد قد انضم إلى الدائن الأصل دائنًا متضامناً أو غير متضامن (بودي وبارد ٣ ققرة ١٧٣١ - بلانيول وريبير وروان ٧ ققرة ١٢٦٥) . وانظر أيضاً المذكرة لإيضاحية المشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ من ٢٥٠ . وإذا كان واحد من المدينين المتضامنين بالذات هو الذي يتعامل دائماً مع الدائن ويراجع الحساب ويضع الفوائد والأقساط ، فليس في هذا دليل على التجديد إذ هو يصفه مدينًا متضامناً مشمول عن كل ذلك (بلانيول وريبير وروان ٧ ققرة ١٢٦٥) .

وقد رأينا فيما قدمناه أنه جرى تقوم نية التجديد واضحة يجب أن يتأخر الالتزام الجديد بالالتزام القديم في عنصر من عناصره الهامة (١). فتغيير محل الدين أو مصدره ، وإضافة شرط أو إلغائه ، وتغيير الدائن ، وتغيير المدين ، كل هذا ينطوي على إدخال تعديلات جوهرية تخلص منها نية التجديد بوضوح. وإضافة أجل ، أو مد أجل قائم ، أو إلغاء أجل موجود ، أو إضافة شرط جزائي ، أو تقديم تأمين عيني أو شخصي ، أو إلغاء هذا التأمين ، أو تغيير مكان الوفاء ، أو تعديل سعر الفائدة بخفضها أو رفعها ، أو تغيير مقدار الدين بزيادته أو نقصه ، كل ذلك لا يكفي لاستخلاص نية التجديد ، إلا إذا وجدت ظروف أخرى تدل في وضوح على هذه النية (٢). وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٣٤٥ مدني على ذلك صراحة ، فقد رأيناها تقضي بأنه « لا يستفاد من التجديد من كتابة سند دين بدين موجود قبل ذلك ، ولا بما يحدث في الالتزام من تغيير لا يتناول إلزام الوفاء أو مكانه أو كيفيته ، ولا بما يدخل على الالتزام من تعديل لا يتناول إلا التأمينات أو سعر الفائدة ، كل هذا ما لم يوجد اتفاق يقضي بغيره (٣) ».

ويبين مما تقدم أن مجرد كتابة سند بدين كان غير مكتوب لا يعد تجديدًا ، بل هو تهيئة دليل على دين موجود فعلاً (٤) . كذلك إبدال ورقة تجارية بورقة

(١) انظر آتفا فقرة ٤٩٠ وقررة ٤٩٤ .

(٢) استئناف مصر ١٨ فبراير سنة ١٩٤٧ المجموعة الرسمية ٤٨ رقم ٢٤٧ - استئناف غنظل ٢٣ مارس سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٢٠٦ - ٢٠ أبريل سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٢٧٣ - ٢٦ أبريل سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٢٨٢ - ٣١ يناير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١١٨ - ٢٨ يناير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ١٨٦ - ١٢ فبراير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٣٥ - ٢٣ ديسمبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ٧٣ - ١٣ أبريل سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٥٤ - ١٥ يونيو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤٣٣ - ٢٠ يونيو سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٤٨٩ - ٢٧ مايو سنة ١٩٢٦ م ٤٨ ص ٢٨٨ . وإدراج دائن في قائمة التوزيع وتسلمه أمر الصرف لا يعتبر تجديدًا (بلانول وريير وردوان ٧ فقرة ١٢٦٥ ص ٦٧١ هاش رقم ١) .

(٣) انظر المذكرات الإيضاحية للمشروع التمهيلي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٤٨ وقد جاء في آخرها : « وتوضح أهمية نية التجديد في هذه التطبيقات جميعاً من الناحية العملية في الإبقاء على الدين بجميع ما يلحق به من التأمينات » .

(٤) وقد قضت محكمة أسبوط بأن مجرد تغيير طريقة الدفع ، أو تحرير سند رسمي بدل آخر =

تجارية أخرى ، كإبدال كميالة بكميالة أخرى أو سند إذنى بكميالة أو كميالة بسند إذنى ، بفرض مد أجل الدين ، أو تغيير سند الدين بكميالة أو سند إذنى ، لا يعد تجديداً (١) . وكذلك تحرير كميالة أو سند إذنى بشمن المبيع لا يعد تجديداً للشمن ، بل يكون ضرباً من التوثيق له ، ويبقى امتياز البائع قائماً حتى يعد كتابة الكميالة أو السند ، وهذا ما لم يتفق على غيره . فإذا باع شخص لآخر داراً أو سيارة ، وقبض البائع الثمن كميالات أو سندات إذنية ، فلا يعد هذا تجديداً للشمن ، ويبقى للبائع حق الامتياز وحق الفسخ (٢) ، وهذا ما لم يتفق على

= عرفي ، أو تأجيل الوفاء ، أو تقسيطه ، أو ماشابه ذلك ، لا يعتبر تجديداً للتعهد . ويعتبر تجديداً تغيير التعهد سبب الالتزام ، كما إذا كتب بمتأخر الأجرة سند تحت الإذن وذكر فيه أنه قرض (أسبوت ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٢١٩ ص ٤٠٤) - انظر أيضاً بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٠٧ .

(١) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه لا يعتبر استبدال الدين اتفاق الدائن مع المدين على تقسيط الدين وتحرير سندات بأقساطه ، فلا يترتب على ذلك إرادة دمة الكفيل من الدين (١٤ مارس سنة ١٩٢٨ المحاماة ٨ رقم ٥٣٨ ص ٨٩٥) . وقضت أيضاً بأن التوقيع على كميالات جديدة بدلا من كميالات سابقة فقدت أو أهدمت لا يعتبر استبدالاً للدين ينشئ عليه زوال التأمينات ، وإنما يعد ذلك إقراراً بدين سابق (٩ نوفمبر سنة ١٩٢٦ المجموعة الرسمية ٢٨ رقم ٤٠ ص ٦٤) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن مجرد تغيير سند الدين بكميالة أو سند إذنى لا يعتبر تجديداً ، ويجوز للدائن أن يطالب المدين إما بموجب السند الأصل فيرد السند الجديد ، أو بموجب السند الجديد فيلغى السند الأصل ، وهذا كله ما لم تظهر نية التجديد بوضوح (استئناف مخطط ٢٦ مايو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٤٠٥ - ٢٧ أبريل سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٢٩٤ - وانظر أيضاً في هذا المعنى : استئناف مخطط ٦ يونيو سنة ١٨٨٩ م ١ ص ٢٣٨ - ٢٢ مارس سنة ١٨٩٣ م ٥ ص ١٨٢ - ١٥ أبريل سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ١٦٩ - ١١ أبريل سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٣٥٩ - ٩ مارس سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٢٧٩ - ٢٥ أكتوبر سنة ١٩٣٢ م ٤٥ ص ٢ - ٧ مارس سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢٠٣ - ١٥ نوفمبر سنة ١٩٣٤ م ٤٧ ص ٢٨ - ١١ أبريل سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٤٩ - ١٨ يونيو سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٣٧٨) .

ولا يعد تجديداً تغيير سند الدين بكميالة أو سند إذنى حتى لو أعطى الدائن مخالصة بالدين ، إذ المفروض أنه جعل هذه المخالصة مشروطة بمسداد الكميالة أو السند الإذنى . ومن باب أول لا يكون هناك تجديد إذا ذكر الدائن في الكميالة أو السند السبب الذي من أجله حرر السند الجديد : انظر في هذه المسألة ديمولوب ٢٨ فقرة ٢٩٧ لوران ١٨ فقرة ٢٨٣ - هيك ٨ فقرة ١١٣ - بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٣٢ - بلانيول وريبير ودوان ٧ فقرة ١٢٦٤ ص ٦٧٠ .

(٢) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا ذكر في عقد بيع عقار أن الثمن محرو به =

التجديد ، ويعد اتفاقاً على التجديد أن يقر البائع أنه تسلم الثمن تقدماً (١). ولا يعتبر تجديد الإقرار بدين بعد صدور حكم به ولو قيل في الإقرار إنه في حالة عدم الوفاء ينفذ الحكم (٢)، ولا الإقرار المكتوب الصادر من المستأجر بالتجمد في ذمته من الأجرة فيبقى امتياز المؤجر ويتقدم الدين بخمس سنوات (٣).

— سند تحت الإذن ، وذكر بالسند أن القيمة باقية من عقار ، كان هذا دليلاً على أن الماتدين لم يقصدا استبدال الدين ، وعلى ذلك لا تسقط الضمانات المترتبة لصالح الدين (١٥ نوفمبر سنة ١٩٢٧ الهامة ٨ رقم ١٤١ ص ١٨٧) . وقضت أيضاً بأنه إذا استصدر البائع من المشتري أو من المشتري من المشتري سندات لأمره ، وإنه ، ثم احتفظ بصحان المشتري منه ، دل هذا على أن نية الاستبدال مدومة . ولو استصدر البائع السندات من المشتري من المشتري منه ولم يحل ذمة المشتري الأصل من باقى الثمن ، فلا يكون هناك استبدال ملحق على شرط قيام المشتري الجديد بسداد الدين فإن لم يسدده بقي الالتزام الأصل عالقاً بذمة المشتري الأول (٢٧ نوفمبر سنة ١٩٣٢ الهامة ١٣ رقم ٢٨٤ ص ٥٤٧) . وقضت أيضاً بأن مجرد تحرير سند مستقل بالثمن لا يفيد أن البائع قصد اعتبار أن الثمن قد دفع وأن التأمينات التي كانت تضمنه قد سقطت ، بل إن قصد المتعاقدين كان إيجاد أداة جديدة لدفع الثمن ، فبعد أن كان ثابتاً بالمقد أصبح ثابتاً بالسند (١٦ فبراير سنة ١٩٣٣ الهامة ١٣ رقم ٦٢٨ ص ١٢٣٢) — انظر أيضاً : استئناف وطنى ٢٣ فبراير سنة ١٩٠٥ المجموعة الرسمية ٦ رقم ٧٦ ص ١٥٨ — استئناف مختلط ٢٣ نوفمبر سنة ١٩١١ م ٢٤ ص ١٥ — ٢٦ مايو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٤٥٥ — ١٧ أبريل سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٣٣ — وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا حرر الغير سندات بالثمن البائع ، لم يكن هذا تجديدًا بتغيير المدين ، بل إنابة في الوفاء إنابة قاصرة ، ويكون الغير ملتبساً بالبائع بدين جديد إلى جانب الدين الذى في ذمة المشتري (٥ نوفمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ١٣) .

(١) استئناف مختلط ٨ مارس سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٨٩ .

(٢) استئناف مختلط ٩ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣١١ .

(٣) نقض مدنى ١٩ مارس سنة ١٩٥٣ الهامة ٣٥ رقم ١٦ ص ٥٦ — وقضت محكمة مصر بأنه إذا حصلت محاسبة واتفاق بين المتعاقدين من دين الإيجار ، وتمهد المستأجر بدفع الباقي لإذن المؤجر على نفس ورقة المحاسبة ، فلا يعتبر هذا السند استبدالاً ، لأنه قد ذكر فيه بصرح العبارة أن سبب تحرير هذا السند هو دين الإيجار السابق ، وهذا يظهر بجملة أن المتعاقدين احتفظا بسبب الدين الأصل . أما التمهيد بأن يدفع المستأجر الباقي لإذن المؤجر ، فهذا من قبيل التسهيل في الوفاء ، يدل على أن كثيراً من عقود الإيجار ينص فيها على قابليتها للتحويل ولا تفقد طبيعتها (٨ مارس سنة ١٩٣٢ الهامة ١٣ رقم ٢١٨ ص ٤٣٤) .

هذا والأصل في الصلح ألا يكون تجديدًا للدين . وقضت محكمة استئناف مصر بأن الصلح مقرر الحقوق لا منقضى لها ، فهو لا يغير من طبيعة الدين المتصلح عليه ، وتبقى جميع التأمينات التي كانت للحق الذى وقع عليه الصلح على حالتها الوفاء بالصلح ، فلا يعتبر الصلح استبدالاً للدين المتصلح عليه . ولا حجة كذلك بعدم ذكر قابلية الدين للتحويل في محضر الصلح ، لأن العبارة =

وإثبات نية التجديد يتبع فيه القواعد العامة للإثبات (١). وعبء الإثبات يقع على عاتق من يدعى التجديد ، لأن التجديد كما قدمنا لا يفترض (٢). واستخلاص نية التجديد من الظروف مسألة واقع ترك لقاضي الموضوع ، ولا معقب عليه في ذلك ، ولا يخضع تقديره لرقابة محكمة النقض (٣).

٤٩٨ — تفسير الالتزام في حساب جبار : وقد رأينا أن المادة ٣٥٥ مدني تقضي بأنه لا يكون تجديداً مجرد تقييد الالتزام في حساب جبار ، وإنما يتجدد

في ذلك بسند الدين الأصل إلا إذا حصل الملغ عنه صراحة ، (٢ أبريل سنة ١٩٣٠ أحكام ١٠ رقم ٣٥٥ ص ٧١٧) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الصلح مع المفسد لا يبعد الدين (١٢ فبراير سنة ١٩٢٥ م ٢٧ ص ٢٣١) ، إلا إذا ظهرت نية التجديد بوضوح (٨ مايو سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٣٥٢) ، وقضت أيضاً بأن الصلح حل حكم بإدخال بعض تعديلات فيه والتزول من جزء منه لا يبعد تجديداً ، فإذا لم ينقل الدين الصلح كان للدائن أن ينقل عليه الحكم (٣٠ ديسمبر سنة ١٩٣٧ م ٥٠ ص ٧٩) .

وقد قدمنا أن الدفع بطريق الشيك لا يعتبر تجديداً ، بل هو لا يعتبر وفاء إلا بعد قبض قيمة الشيك (استئناف مختلط ٢٦ فبراير سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١١١) — وانظر المذكرة الإيضاحية للمشروع انتهى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٥٠ والمادة ٢٦٥ من تقييد الالتزامات البرولي — وانظر بلاتويل وريبير ودوان ٧ فقرة ١٢٦٤ ص ٦٧٠ — دي باج ٣ فقرة ٥٦٢ وفقرة ٦١١) .

وقد تضمنت تصفية الحساب تجديداً ، وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه عند تصفية الحساب قد يكون الرصيد تجديداً للدين إذا ظهر ذلك بوضوح من نية الطرفين ، وتظهر هذه النية إذا كان الحساب متعلقاً بمقدار البيع ونزل البائع بعد تصفية الحساب عن امتياز (٣٠ يناير سنة ١٩١٣ م ٢ ص ١٥٥) .

(١) بيان ولاجارد ٩ فقرة ٩٩٨ — فلا يجوز الإثبات إلا بالكتابة أو بما يقوم مقامها فيما يزيد على عشرة جنحات ، ولما لا يزيد على عشرة جنحات يجوز الإثبات بالبينات أو بالقرائن . وكون التجديد لا يفترض ليس مناه علم جواز إثباته بالقرائن فيما لا يزيد على عشرة جنحات ، بل مناه أنه إذا قام شك لا يعتبر أن هناك تجديداً (ديولوب ٢٨ فقرة ٢٧٠ — لوران ١٨ فقرة ٢٦١ — بودري وبارد ٣ فقرة ١٧٣٣) .

(٢) بودري وبارد ٣ فقرة ١٧٣٣ — بلاتويل وريبير ودوان ٧ فقرة ١٧٦٥ ص ٦٧٢ . (٣) نقض مدني ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٣ رقم ٣٦ ص ٩٣ — بودري وبارد ٣ فقرة ١٧٣٤ — بلاتويل وريبير ودوان ٧ فقرة ١٧٦٥ ص ٦٧٢ — ولكن إذا كانت عناصر التجديد موجودة وفقاً لما ذهب إليه قاضي الموضوع في تفسير نية الطرفين ، وجب تطبيق أحكام التجديد ، ولحمكة النقض الرقابة على قاضي الموضوع في ذلك (بودري وبارد ٣ فقرة ١٧٣٤ ويشبران إلى حكم محكمة النقض للفرنسية في ١٣ يناير سنة ١٩٠٣ دالوز ١٩٠٣ — ١ — ١٢٢) .

الالتزام إذا قطع وصيد الحساب وتم إقراره ، على أنه إذا كان الالتزام مكفولا بتأمين خاص فإن هذا التأمين يبقى مالم يتفق على غير ذلك . ويخلص من هذا النص أن مجرد تقييد الالتزام في حساب جار لا يكون تجديدًا لهذا الالتزام . والسبب في ذلك أن التجديد لا يكون إلا حيث يحل التزام جديد محل التزام سابق ، ومجرد تقييد الالتزام في الحساب الجارى قبل قطع وصيد الحساب لا ينشئ التزاماً جديداً ليحل محل الالتزام الذى أجرى تقييده ، ومن ثم لا يتم التجديد . ولكن ذلك لا يمنع من أن الالتزام الذى أجرى تقييده في الحساب الجارى ، وفقاً للقواعد المقررة في الحسابات الجارية وهى قواعد تقتضها طبيعة هذه الحسابات ، تفنى ذاتيته باندماجه في الحساب الجارى وصبروته قلما من أقلامه في الجهة الدائنة أو الجهة المدينة بحسب الأحوال . ومن ثم ينقضى هذا الالتزام قبل أن يتم تجديده ، والذي يحل محله ليس التزاماً جديداً ، فإن هذا لا يكون إلا بعد قطع وصيد الحساب كما قلنا ، ولكن عنصر حسابى (article de crédit - élément de comptabilité) هو الدائنة أو المديونية التي يمثلها الالتزام في الحساب الجارى (١) . ويترتب على أن الالتزام ينقضى حتى قبل أن يتم التجديد أن تزول عنه صفته المدنية إذا كان ديناً مدنياً ، ولا يعود ينخفض لسريان التقادم والذي يتقدم إنما هو وصيد الحساب بعد قطعه (٢) . وكان ينبغي ، إذا كان الالتزام مكفولا بتأمين خاص ، أن ينقضى هذا التأمين بانقضاء الالتزام ، حتى قبل التجديد . ولكن النص صريح ، كما رأينا ، في أن التأمين يبقى مالم يتفق على غير ذلك (٣) .

(١) انظر في هذا المعنى بودى وهارد ٣ ققرة ١٧١٠ - بلانيول وريبير ورودان ٧ ققرة ١٢٢٢ ص ٦٦٨ وهامش رقم ٥ والمراجع والأحكام المشار إليها - بيدان ولا جارد ٩ لققرة ٩٨٨ ص ٨٥ - دي باج ٣ ققرة ٥٦٤ مكررة - وقانون ديجوج في المجلة الفصلية لقانون المدنى سنة ١٩٠٦ ص ٣١٦ .

(٢) ولا يتقدم الرصيد إلا بخمس عشرة سنة ، حتى لو كانت الالتزامات المقتبة تتقدم بأقل من هذه المدة (استئناف مصر ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٢٥ المجموعة الرسمية ٢٧ رقم ٦٧ ص ١٠٤ - ١٥ يونيو سنة ١٩٢٦ المحاماة ٧ رقم ٨٥ ص ١١٤) .

(٣) وقد كانت محكمة الاستئناف المختلطة تقضى بهذا المعنى في عهد التقنين المدنى السابق بالرغم من أن هذا التقنين لم يكن يشتمل على نص في ذلك : استئناف مختلط ٢٧ فبراير سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ١٥٤ - ٦ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٣٥ .

فاذا ما قطع رصيد الحساب الجارى وتم إقراره ، فان الرصيد يكون حقاً لأحد طرفى الحساب ودينياً فى ذمة الآخر . وعند ذلك يتم تجديد جميع الالتزامات المقيدة فى الحساب الجارى ، ويصبح هذا الرصيد هو الالتزام الجديد الذى حل محل الالتزامات المقيدة (١) . وينتقل إلى الرصيد التأمين الخاص الذى كان يكفل الالتزام المقيد ، والذى رأيناه يبقّى بالرغم من انقضاء هذا الالتزام . ذلك أن القانون يفترض أن نية الطرفين قد انصرفت إلى استبقاء التأمين الخاص بعد تقييد الالتزام ، فاذا ما قطع الرصيد انتقل التأمين إليه فأصبح مكفولاً به . وغنى عن البيان أن هذا مجرد افتراض يجوز إسقاط دلالاته عن طريق اتفاق الطرفين على زوال التأمين بمجرد تقييد الالتزام فى الحساب وانقضائه على هذا الوجه (٢) .

(١) قارن استئناف مخطط ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٠٤ م ١٧ ص ٤٩ - وانظر فى هذه المسألة الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ٨٢ - ص ٨٤ : وهو يقول بأن الالتزام يفقد ذاتيته من وقت تقييده فى الحساب الجارى ، ولكن يلعب إلى أن التتبعين الجديد على العكس من ذلك يحصله محتفظاً بذاتيته ، ويستدل بالنص الذى يقضى بأن مجرد تقييد الالتزام فى حساب جارى لا يكون تجديدًا . وغنى عن البيان أنه لا يوجد أى تناقض بين عدم تجديد الالتزام بمجرد تقييده فى الحساب الجارى وبين فناء ذاتيته باندماجه فى هذا الحساب ، فقد قدمنا أن الالتزام بتقييده فى الحساب الجارى ينتفى قبل أن يتجدد . والذى نص عليه للتتبعين الجديد هو أن الالتزام لا يتجدد بمجرد تقييده فى الحساب الجارى ، وهذا صحيح ، ولكنه لا يمنع من فناء ذاتيته وانقضائه بهذا التقييد .

(٢) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد : « ولا يتجدد الالتزام بمجرد رصده فى الحساب الجارى ، ما دام هذا الحساب لم يقطع . فإن قطع هذا الحساب وتم إقراره ، استتبع ذلك التجديد . وقد نص ، استثناء من حكم القواعد العامة ، على بقاء الرهن التأمينى الذى ينشأ لفهم الوفاء بالالتزام ، رغم تجديده بسبب قطع رصيد الحساب الجارى . إلا أن هذا الاستثناء أقيم على قرينة بسيطة ، يجوز إسقاط دلالاتها بإثبات العكس : أنظر المادة ١١٧ من متنين الالتزامات السويسرى والمادة ٤٩٢ من المشروع (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٥٠) .

المبحث الثاني

الآثار التي تترتب على التجديد

٤٩٩ — انقضاء الالتزام الأصلي ومعلوم التزام مبدع ملاء —

التأمينات : قدمنا أن التجديد يترتب عليه انقضاء الالتزام الأصلي ونشوء التزام جديد يحمل محله . أما التأمينات التي كانت تكفل الالتزام الأصلي ، فالأصل فيها أنها تزول مع هذا الالتزام الذي كانت تكفله ، إلا أنه يجوز استثناء نقلها إلى الالتزام الجديد .

فتتكمّل إذن في مسألتين : (١) انقضاء الالتزام الأصلي ونشوء التزام جديد .
(٢) انتقال التأمينات استثناء إلى الالتزام الجديد .

المطلب الأول

انقضاء الالتزام الأصلي ونشوء التزام جديد

٥٠٠ — النصوص القانونية : تنص المادة ٣٥٦ من التقنين المدني على ما يأتي :

١ — يترتب على التجديد أن ينقضي الالتزام الأصلي بتوابعه وأن ينشأ مكانه التزام جديد .

٢ — ولا ينتقل إلى الالتزام الجديد التأمينات التي كانت تكفل الالتزام الأصلي إلا بنص في القانون ، أو إلا إذا تبين من الاتفاق أو من الظروف أن نية

المتعاقدين قد انصرفت إلى ذلك (١) .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادتين ٢٤٩/١٨٦ و ٢٥٢/١٨٨ (٢) .
ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري
المادة ٣٥٤ — وفي التقنين المدني الليبي المادة ٣٤٣ — وفي التقنين المدني العراقي
المادتين ٤٠٣ و ٤٠٤ — وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٣٢٥/١ (٣) .
وبمخلص من هذا النص أن التجديد يقضى بالالتزام الأصلي وينشئ التزاماً

(١) تاريخ النص : ورد هذا في المادة ٤٩٣ من للمشروع التمهيدى على وجه مطابق لما
استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا أن للمشروع التمهيدى لم يكن يتضمن عبارة : إلا
ينص في القانون . وفي لجنة المراجعة أضيفت هذه العبارة لتواجه انتقال التأمينات بنص
القانون في حالة قطع رصيد الحساب الجارى مثلاً ، فإن المادة ٣٥٥ تنقل التأمين الخاص الذى
قد يكون الالتزام مكفولاً به إلى هذا الرصيد . وأصبحت المادة رقمها ٣٦٨ في المشروع التالى .
ووافق عليها مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٣٥٦ (مجموعة الأعمال التصديرية ٣
ص ٢٥٢ — ص ٢٥٣) .

(٢) التقنين المدني السابق م ٢٤٩/١٨٦ : استبدال الدين بترتب عليه زواله وإيجاد دين
غيره بدله ، ويكون الاستبدال بمقتضى .
م ٢٥٢/١٨٨ : التأمينات التى كانت على الدين القديم لا تكون على الدين الجديد ، إلا إذا
تبين من العقد أو من قرآن الأحوال قصد المتعاقدين انقضاءها على الدين الجديد .
(ولا فرق بين التقنينين السابق والجديد في الحكم : الموجز المؤلف فقرة ٥٧٧ — فقرة
٥٧٩) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري : م ٣٥٤ (مطابقة لمادة ٣٥٦ من التقنين المدني المصرى) .
التقنين المدني الليبي : م ٣٤٣ (مطابقة لمادة ٣٥٦ من التقنين المدني المصرى) .
التقنين المدني العراقى : م ٤٠٣ : إذا جدد الالتزام ، سقط الالتزام الأصلى ، وحل محله
الالتزام الجديد .
م ٤٠٤ : إذا كان الدين الأصلى مكفولاً بتأمينات شخصية أو عينية ، وصار تجديده ،
سقطت التأمينات ، إلا إذا جددت هى أيضاً .
(وحكم التقنين العراقى متفق مع حكم التقنين المصرى : أنظر الأستاذ حسن الذنون في أحكام
الالتزام في القانون المدني العراقى فقرة ٣٣٨ و فقرة ٣٤٠) .
تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ١/٣٢٥ : إن التجديد يسقط الموجب أصلاً وفرعاً نجاة
الجميع . (والحكم يتفق مع حكم التقنين المصرى) .

جديداً يحل محله ، وهذا هو الفرق الجوهرى ما بين التجديد من جهة وبين الحوالة والحلول من جهة أخرى .

٥٠١ - **انقضاء الالتزام الأصلي ونشوء التزام جديد** : التجديد ، كالوفاء ، يقضى الالتزام الأصلي ، فيزول هذا الالتزام بمقوماته وصفاته ودفعه وما يلحق به من التأمينات . والتجديد فى الوقت ذاته ينشئ التزاماً جديداً يحل محل الالتزام المنقضى . وانقضاء الالتزام الأصلي منوط بنشوء الالتزام الجديد ، فلا يقضى ذلك إلا إذا نشأ هذا ، ولا ينشأ هذا إلا إذا انقضى ذلك (١) . ولا بد أن يختلف الالتزام الجديد عن الالتزام الأصلي ، كما قدمنا ، فى عنصر من عناصره الجوهرية . والالتزام الجديد على كل حال التزام غير الالتزام الأصلي ، له مقوماته الذاتية (٢) ، وصفاته ودفعه وتأميناته . فقد يكون الالتزام الأصلي تجارياً ، وينشأ الالتزام الجديد مدنياً . وقد يكون الالتزام الأصلي غير منتج لقوائد ، وينتج الالتزام الجديد فوائد . وقد يكون الالتزام الأصلي غير ثابت فى سند قابل للتنفيذ ، ويثبت الالتزام الجديد فى ورقة رهنية فيكون قابلاً للتنفيذ . وقد يكون الالتزام الأصلي معلقاً على شرط أو مضافاً إلى أجل ، ويكون الالتزام الجديد منعزلاً لا شرط فيه ولا أجل . وقد يتقادم الالتزام الأصلي بمدة قصيرة ، ويتقادم الالتزام الجديد بمدة أطول . وقد يكون الالتزام الأصلي مصدره عقد قابل للإبطال فيجوز دفعه بإبطاله ، ويكون الالتزام الجديد مرتباً على تجديد هو إجازة للعقد القابل للإبطال فلا يجوز دفعه بهذا الدفع . وقد يكون الالتزام الأصلي مكفولاً بتأمينات عينية أو شخصية ، فيزول هذه التأمينات مع زواله ولا تنتقل إلى الالتزام الجديد إلا بنص فى القانون أو إلا إذا تبين من الاتفاق أو من الظروف أن نية المتعاقدين قد انصرفت إلى ذلك (٣) . وإذا لم تنتقل تأمينات الالتزام الأصلي إلى الالتزام الجديد ، بقى الالتزام الجديد عارياً عن التأمينات ، إلا إذا كفل هو

(١) بلانيول وريبير وروبان ٧ ققرة ١٢٦٨ .

(٢) استئناف وطنى ١٠ أغسطس سنة ١٨٩١ الحقوق ٦ ص ٢٤٥ .

(٣) وسلين فيما على كيف تنتقل التأمينات إلى الالتزام الجديد بالاتفاق . أما انضالها بنص القانون فله ما ورد فى المادة ٣٥٥ مدنى من أن الالتزام إذا قيد فى حساب جارى فإنه لا يتجدد =

أيضاً بتأمينات مستقلة عن تأمينات الالتزام الأصلي . وقد يكون الالتزام الأصلي مكفولاً بدعوى فسخ ، فلا تنتقل الدعوى إلى الالتزام الجديد (١) .

٥٠٢ — مقابلة بين التجديد من جهة والحلول والحلول والوفاء

بمقابل من جهة أخرى : وانقضاء الالتزام الأصلي مع نشوء التزام جديد هو المميز الجوهرى الذى يفرق من حيث الأثر بين التجديد من جهة والحل والحلول من جهة أخرى ، وقد سبق أن رأينا الفروق ما بين هذه النظم من حيث التكوين (٢) .

ففى حوالة الحق والوفاء مع الحلول ، لا ينقضى الحق بل ينتقل بمقوماته وصفاته ودفعه وتأميناته من دائن قديم إلى دائن جديد . أما فى التجديد بتغيير الدائن فقد رأينا أن الحق الأصلي ينقضى بمقوماته وصفاته ودفعه وتأميناته ، ويحل محله حق جديد بمقومات وصفات ودفع وتأمينات أخرى ، ولا ينتقل نفس الحق من الدائن الأصلي إلى الدائن الجديد .

وفى حوالة الدين ينتقل نفس الدين ، على النحو المتقدم ، من ذمة المدين الأصلي إلى ذمة المدين الجديد . أما فى التجديد بتغيير المدين فالدين الأصلي ينقضى على الوجه الذى قدمناه ، ويحل محله دين جديد (٣) .

أما التجديد بتغيير الدين فلا يقابل لا بالحالة ولا بالحلول ، وإنما يقابل بالوفاء بمقابل . وقد قدمنا أن الفرق بين النظامين أن الوفاء بمقابل يقتضى أن

— إلا إذا قطع رصيد الحساب ، فإذا كان مكفولاً بتأمين خاص فإن هذا التأمين يبقى ما لم يتفق على غير ذلك . فهنا انتقل التأمين الخاص من الالتزام إلى رصيد الحساب بحكم القانون (انظر تاريخ نص المادة ٢٣٥٦ ألفا فقرة ٥٠٠ فى الماشى) .

(١) وقد يكون المدين فى الالتزام الأصلي مطراً فيحمل ثمة الهلاك ، ولا يكون معلراً فى الالتزام الجديد فلا يتحمل هذه الثمة (بوردى وبارد ٣ فقرة ١٧٢٥) .

(٢) انظر ألفا فقرة ٤٩٢ — وانظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التفسيرية ٣ ص ٢٥٨ — ٢٥٩ .

(٣) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التفسيرية ٣ ص ٢٥٢ .

نتقل الملكية فوراً إلى الدائن حتى يتم الوفاء، وأما في التجديد بتغير الدين فالوفاء يكون عن طريق إنشاء التزام جديد لا يكون واجب التنفيذ فوراً (١) .

المطلب الثاني

انتقال التأمينات من الالتزام الأصلي إلى الالتزام الجديد

٥٠٣ - **النصوص القانونية :** تنص المادة ٣٥٧ من التقنين المدني على ما يأتي :

« ١ - إذا كانت هناك تأمينات عينية قدمها المدين لكفالة الالتزام الأصلي ، فإن الاتفاق على نقل التأمينات إلى الالتزام الجديد تراعى فيه الأحكام الآتية » .

« (أ) إذا كان التجديد بتغير الدين ، جاز للدائن والمدين أن يتفقا على انتقال التأمينات للالتزام الجديد في الحدود التي لا تلحق ضرراً بالغير » .

« (ب) إذا كان التجديد بتغير المدين ، جاز للدائن والمدين الجديد أن يتفقا على استبقاء التأمينات العينية دون حاجة إلى رضا المدين القديم » .

« (ج) إذا كان التجديد بتغير الدائن ، جاز للمتعاقدين ثلاثهم أن يتفقا على استبقاء التأمينات » .

« ٢ - ولا يكون الاتفاق على نقل التأمينات العينية نافذاً في حق الغير إلا إذا تم مع التجديد في وقت واحد ، هنا مع مراعاة الأحكام المتعلقة بالتسجيل » .
وتنص المادة ٣٥٨ على ما يأتي :

« لا ينتقل إلى الالتزام الجديد الكفالة ، عينية كانت أو شخصية ، ولا التضامن ، إلا إذا رضى بذلك الكفلاء والمدينون المتضامنون (٢) » .

(١) بيدان ولا جارد ٩ فقرة ٩٩٢ - جوسران ٢ فقرة ٩٠٣ - انيكلوليدي والوز ٣ لنظ Novation فقرة ٣١ .

(٢) تاريخ النصوص :

٣٥٧ : ورد هذا النص في المادة ٩٤٤ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر -

وتقابل هذه النصوص في التقنين المئذنى السابق المواد ٢٥٣/١٨٩ -
٢٥٥/١٩١ (١) .

٥٥ عليه فى التقنين المئذنى المجدىء؁ ففما عءا ءلأفا فى أءىءى العبارة وففما عءا أن المءروع المءهىءى كان فءءرء ألا فكون الاتفاق عل نقل الأءففاء المءففة ناقلأ فى ءق الففر إلا إذا كان بورقة رسمفة . وفى لءئة للمراجعة ءءف هذا الشرء ؁ وأصبء الماءة رءفا ٣٦٩ فى المءروع النءاف . ثم وافق علها مجلس النواب . وفى لءئة مجلس الشفء استءءلء عبارة « فى المءوء الفف لا ءلءق ضرراً بالففر » بفارة « ما لم فءرب عل ذلك فزاءة فى هذا الإءءام ءلءق ضرراً بالففر » الفف كانت واردة فى المءروع ؁ « لأنها فى ءومها أشءل من العبارة الأولى ؁ ولأنها ءبرز المئذنى المقصوء » . ووافق مجلس الشفء عل الماءة كما عءءها بلءة ءءء رقم ٣٥٧ (مءموءة الأعمال ءءصفرفة ٣ ص ٢٥٥ - ص ٢٥٧) .

م ٣٥٨ : ورد هذا النص فى الماءة ٤٩٥ من المءروع المءهىءى عل وءه مطابق لمسا اسءقر عل فى التقنفلن المئذنى المجدىء . ووافقء علها لءئة المراجعة ءءء رقم ٣٧٠ فى المءروع النءاف . ثم وافق علها مجلس النواب ؁ فجلس الشفء ءءء رقم ٣٥٨ (مءموءة الأعمال ءءصفرفة ٣ ص ٢٥٨ - ص ٢٦٠) .

(١) التقنفلن المئذنى السابق م ٢٥٣/١٨٩ : ومع ذلك لا فءوز الاتفاق عل مءلاف ما ءوآء : فى المءالة الأولى من الأحوال السالف ذكرها فءوز للمءفن ولءائف أن فءفا عل أن الأءففاء المءففة ؁ كالأمفزازاء وءفن المقار وءفس المفن ؁ ءكون أءمفنا عل ءفن المجدىء إذا لم ءكن فف فزاءة ءفسر بمءقوق الففر . وفى المءالة ءائفة فءوز لءائف ولن عل مءل المءفن الأصل أن فءفا عل بفساء الأءففاء المءففة ولو بففر وءفاء المءفن الأصل . وفى المءالة ءائفة فءوز للمءافءفن ءلءئة أن فءفقا عل بفقاء الأءففاء المءففة .

م ٢٥٤/١٩٠ : لا فصء فى أى ءال من الأحوال السالف نقل الأءففاء الشءصففة ؁ كالءكفالة والءضامن ؁ إلا برءفاء الكفلاء والمءضلففن .

م ٢٥٥/١٩١ : الاتفاق عل نقل الأءففاء المءكورة بالماءة السابقة لا فءفءل عل ففر المءافءفن إلا إذا كان ءاصلع الاسءفءال فى أن واءء بورءفة رسمفة .

(ورفقءى ءءففنان السابق والمجدىء إلا فى المسائل الآففة : (١) ذكرءى التقنفلن السابق بالأءففاء المءففة كالأمفزازاء وءفن المقار وءفس المفن ؁ فءممف ءصصه ءقنفلن المجدىء بالأءففاء الفف قءمها المءفن ؁ فلا ءءءل ءقوق الأمفزاز ولا ءقوق الإءصصاص ؁ وسنفسء ذلك ففما فلى . (٢) اءصرءى ءقنفلن السابق فى الأءففاء الفف فءمها الففر عل الأءففاء الشءصففة ؁ أما ءقنفلن المجدىء فنص عل الأءففاء الشءصففة والمءففة . (٣) أوجب ءقنفلن السابق فى الماءة ٢٥٥/١٩١ أن فكون الاتفاق عل نقل الأءففاء المءكورة بالماءة السابقة - وهذا عطا مءىء والمقصوء الماءة قبل السابقة - بورقة رسمفة ءقى فءفء فى ءق الففر ؁ أما ءقنفلن المجدىء فءء ءءف هذا الشرء بمء أن كان واردة فى المءروع المءهىءى : انظر المءكرة الإفصاففة المءروع المءهىءى فى مءموءة

وتقابل في التأمينات المدنية العربية الأخرى: في التأمين المدني السوري للمادتين ٣٥٥ - ٣٥٦ - وفي التأمين المدني الليبي المادتين ٣٤٤ - ٣٤٥ - ولا مقابل لها في التأمين المدني العراقي - وتقابل في تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٣٢٥ و٣٢٦ (١) .

وبخلص من النصوص المتضمنة الذكر أن التأمينات التي كانت تكفل الالتزام الأصل إما أن تكون تأمينات عينية قدمها المدين نفسه وهذا هو الغالب ، وإما أن تكون تأمينات عينية أو شخصية قدمها الغير ككفيل عيني أو كفيل شخصي . فنستعرض كلا من هاتين الحالتين .

== الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٥٩ ، وانظر الموجز للمؤلف فقرة ٥٧٨ والأستاذ أحمد حشمت أبو سميت فقرة ٨٠٤ . هذا والمبرة في تطبيق التأمين الجديد في شأن نقل التأمينات التي قدمها المدين دون غيرها وفي شأن أن يكون الاتفاق على هذا النقل يصح ولو في ورقة غير رسمية بتاريخ الاتفاق على نقل التأمينات ، فإن كان هذا التاريخ سابقا على ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ صح نقل كل التأمينات ولو لم يكن المدين هو الذي قدمها ووجب أن يكون الاتفاق في ورقة رسمية وذلك تطبيقاً لأحكام التأمين السابق ، وإلا تطبق أحكام التأمين الجديد .

(١) التأمينات المدنية العربية الأخرى :

التأمين المدني السوري م ٣٥٥ - ٣٥٦ (مطابقتان للمادتين ٣٥٧ - ٣٥٨ من التأمين المدني المصري) .

التأمين المدني الليبي م ٣٤٤ - ٣٤٥ (مطابقتان للمادتين ٣٥٧ - ٣٥٨ من التأمين المدني المصري) .

التأمين المدني العراقي : لا مقابل - ويبدو أن التأمينات في التأمين العراقي لا تتنقل بمرتبها الأصلية ، بل تجدد فتأخذ مرتبتها من وقت تجديدها : انظر عكس ذلك الأستاذ حسن الفنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ٣٣٩ .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٣٢٥ و٣٢٦ : ويمكن الكفلاء وسائر الموجب عليهم أن يدخلوا رضاهم تحت أحكام الموجب الجديد - ويجوز وضع نص صريح يشترط به إلحاق الرهون والحقوق الممتازة وrehon المنقولات بالمدين الجديد على الشروط نفسها التي كانت ضمانته للموجب الساقط ، ولا يكون ذلك إلا إذا رضى بهذا الإلحاق صاحب الملك المترتب عليه حق الرهن أو الامتياز (ويختلف حكم التأمين اللبناني عن حكم التأمين المصري في مسألتين : (١) تشمل التأمينات حقوق الامتياز في التأمين اللبناني بالنص الصريح ، أما في التأمين المصري فالتأمينات التي قدمها المدين لا تشمل حقوق الامتياز . (٢) في التجديد بتغيير المدين إذا كان هذا المدين قدم تأميناً على ملك له وأريده نقله إلى الالتزام الجديد ووجب رضاه بذلك في التأمين اللبناني ، ولا يشترط هذا الرضاء في التأمين المصري) .

§ ١ - التأمينات المينية التي قدمها المدين

٥٠٤ - انتقال التأمينات إلى الالتزام الجبري في خروج على القواعد العامة - مبرراته : ولا شك في أن انتقال التأمينات من الالتزام الأصلي إلى الالتزام الجديد أمر استثنائي . ذلك أن الالتزام الأصلي الذي كانت هذه التأمينات تكفله قد انقضى ، فكان الواجب أن تنقضى بانقضائه . أما أن تبقى بعد انقضاء الالتزام ، وتنقل بمرتبها الأصلية إلى الالتزام الجديد ، فذلك فيه خروج ظاهر على القواعد العامة ، ولا يبرره إلا اعتبارات عملية محضة ، دعت القانون إلى أن يبيح الاتفاق على استبقاء هذه التأمينات مع نقلها إلى الالتزام الجديد .

وتتلخص هذه الاعتبارات العملية في أن انتقال التأمينات إلى الالتزام الجديد فيه فائدة كبيرة للدائن ، إذ تبقى له تأمياته القديمة حافظة لمرتبها الأصلية ، ولولا ذلك لما كان غالباً يرضى بالتجديد . هذا إلى أن انتقال هذه التأمينات لا يضر بالمدين ، فهو قد سبق له أن قدمها لكفالة الالتزام الأصلي ، فلا عليه أن يستبقها لكفالة الالتزام الجديد في حدود الالتزام الأصلي . ولا يضر هذا الانتقال بالغير ، فسرى أن الغير قد كفل القانون مصلحته فلا يضار بهذا الانتقال (١) .

ونلاحظ هنا أمرين : (أولاً) أن هذه التأمينات لا تنتقل إلى الالتزام الجديد بحكم القانون ، بمجرد الاتفاق على التجديد . بل لابد من اتفاق خاص على انتقالها ، وذلك إلى جانب الاتفاق على التجديد . فإذا لم يوجد هذا الاتفاق الخاص ، ولم يكن هناك إلا الاتفاق على التجديد ، انقضت التأمينات بانقضاء الالتزام الأصلي ، فلا تنتقل إلى الالتزام الجديد (٢) . (ثانياً) وقد يقال مادام

(١) بلانيوك وريير وردوان ٧ فقرة ١٢٦٩ .

(٢) وهذا ما يستتق أهمية التمييز بين الحوالة والتجديد . فم الحوالة تنتقل التأمينات بمجرد الحوالة دون حاجة إلى اتفاق خاص ، أما في التجديد فقد رأينا أنها لا تنتقل بمجرد الاتفاق على التجديد بل لابد من اتفاق خاص .

لا بد من اتفاق خاص ، فأين وجه الخروج على القواعد العامة ، وفيه النص على إباحة استبقاء التأمينات ، وكان أصحاب الشأن يستطيعون الاتفاق على ما يشاؤون من تأمينات دون حاجة إلى نص في القانون يبيح لهم ذلك ؟ ولكن لا وجه لهذا القول ، فالتأمينات التي أباح النص الاتفاق على استبقائها هي التأمينات الأصلية ، تنتقل إلى الالتزام الجديد بحريتها الأصلية . ولو لم يبيح القانون ذلك ، لما أمكن أصحاب الشأن أن يتفقوا إلا على تأمينات جديدة ، بعد أن تكون التأمينات الأصلية قد انقضت بالتجديد . ولكانت مرتبة هذه التأمينات الجديدة من وقت الاتفاق عليها ، فلا تكون لها مرتبة التأمينات الأصلية . هذا إلى أنه في صورة خاصة من صور التجديد — التجديد بتغير المدين — أباح النص للدائن والمدين الجديد أن يتفقا على انتقال التأمينات الأصلية دون رضا المدين الأصلي مع أنه هو المالك للمال المتحل بالتأمين ، ولولا هذا النص لما أمكن الاتفاق على نقل هذه التأمينات دون رضاه .

٥٠٥ — حماية الغير : وقد عفى القانون بحماية الغير حتى لا يضار بانتقال التأمينات ، وذلك من ناحيتين : (أولا) نصت الفقرة الثانية من المادة ٣٥٧ مدني ، كما رأينا ، على أنه « لا يكون الاتفاق على نقل التأمينات العينية نافذاً في حق الغير إلا إذا تم مع التجديد في وقت واحد ، هذا مع مراعاة الأحكام المتعلقة بالتسجيل » . ذلك أنه لو تم التجديد قبل الاتفاق على نقل التأمينات ، لانقضى الالتزام الأصلي وانقضت معه هذه التأمينات ، ولأفاد من انقضائها الغير ، وهو هنا دائن له تأمين عيني متأخر عن التأمين الذي كان يكفل الالتزام الأصلي ، فزوال هذا التأمين المتقدم يفيد الغير صاحب التأمين المتأخر . فلا يجوز أن يضار بعد ذلك بالاتفاق الذي يعقب التجديد على نقل التأمين المتقدم ، الذي كان قد زال بالتجديد ، إلى الالتزام الجديد . ومن ثم لم يجز القانون نقل التأمينات العينية التي كانت تكفل الالتزام الأصلي إلى الالتزام الجديد ، إلا إذا تم هذا الانتقال مع التجديد في وقت واحد (١) . وبراعى فوق ذلك الأحكام

(١) ومن ثم يجب أن يكون الاتفاق على نقل التأمينات ، لنفاذه في حق الغير ، ثابت التاريخ . إذ لوجاز أن يكون الاتفاق غير ثابت التاريخ ، لا يمكن تقديم تاريخه حتى يكون ماصراً للتجديد = م — ٤٤ — الوسيط)

المتعلقة بالتسجيل ، فيؤثر على هامش التقييد الذي يشهر التأمين العيني بأن هذا التأمين أصبح يكفل الالتزام الجديد ، يذكر المحل الجديد للالتزام إذا كان التجديد بتغيير الدين ، ويذكر اسم المدين الجديد إذا كان التجديد بتغيير المدين ، أو الدائن الجديد إذا كان التجديد بتغيير الدائن . (ثانياً) لا يجوز أن يكفل التأمين من الالتزام الجديد إلا بمقدار ما كان يكفل من الالتزام الأصلي . فلو كان الالتزام الجديد أكبر قيمة من الالتزام الأصلي ، وكفل التأمين الالتزام الجديد كله ، لتضرر الغير صاحب التأمين المتأخر إذ يرى التأمين المتقدم عليه قد زاده عن ذى قبل . وهذا المحذور إنما يتحقق في التجديد بتغيير الدين ، دون التجديد بتغيير المدين أو بتغيير الدائن ، ولذلك قضت الفقرة الأولى من المادة ٣٥٧ مدني بأنه « إذا كان التجديد بتغيير الدين ، جاز للدائن والمدين أن يتفقا على انتقال التأمينات للالتزام الجديد في الحدود التي لا تلحق ضرراً بالغير » ، أى في حدود الالتزام الأصلي (١) .

٥٠٦ — ما المقصود بالتأمينات العينية التي قدمها المدين : وري

أن المقصود بالتأمينات العينية التي قدمها المدين التأمينات الاتفاقية التي ارتضاها لكفالة دينه الأصلي . فيدخل في ذلك الرهن الرسمي ، ورهن الحيازة سواء كان على عقار أو على منقول . أما حقوق الامتياز فلا تدخل ، لأنها تأمينات لم يقدمها المدين باختياره ، بل هي تأمينات رتبها القانون وبناها على صفة في الالتزام فهي لصيقة بهذه الصفة ، فإذا كان الالتزام الأصلي قد قرر له القانون امتيازاً نظراً لصفته الخاصة ، فلا يجوز الاتفاق على نقل هذا الامتياز إلى الالتزام

= ولو كان الاتفاق لاحقاً ، فحق التأمينات فاسدة للدين الجديد وكان ينبغي أن تنقضي (الموجز للمؤلف فقرة ٥٧٨ ص ٦٠٢ - من ٦٠٣ - الأستاذ عبد الحى حجازي ٣ ص ٨٧ - ٨٨ - الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ٢٧٥) .

(١) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التفسيرية ٣ ص ٢٥٩ وقد كان المشروع التمهيدى يتضمن نوعاً ثالثاً من الحماية للغير ، إذا كان يشترط لنفاذ انتقال التأمينات العينية في حق الغير أن يكون الاتفاق في ورقة رسمية ، وقد حذف هذا الشرط في لجنة المراجعة أظفر تاريخ نصن المادة ٣٥٧ مدني آنفاً فقرة ٥٠٣ في الهامش) .

الجديد وهو لم تتوافر له الصفة التي دعت إلى تقرير حق الامتياز (١) . وهذا التفسير الذي يستخلص في يسر من عبارة التقنين مجنباً عيباً وقع فيه التقنين المدني الفرنسي ، إذ نصت المادة ١٢٧٨ من هذا التقنين على أن « حقوق الامتياز والرهون التي كانت للدين القديم لا تنتقل إلى الدين الذي حل محله ، إلا إذا اشترط الدائن صراحة الاحتفاظ بها (٢) » . ويعيب الفقه الفرنسي على هذا النص أنه يبيح اشتراط انتقال حقوق الامتياز والرهون القانونية ، مع أن هذه الحقوق لم تقرر إلا لصفة في الدين الأصلي ، فكان ينبغي ألا يجوز اشتراط انتقالها إلى دين آخر ليست له هذه الصفة (٣) .

وعلى التفسير الذي تقول به ينبغي ألا يجوز الاتفاق على نقل حق الاختصاص من الالتزام الأصلي إلى الالتزام الجديد ، لأن حق الاختصاص تأمين لم يقدمه المدين اختياراً ، بل ربه القاضى على عقار المدين بموجب حكم واجب التنفيذ . والقانون إنما أباح ، استثناء ، الاتفاق على نقل التأمين الذي قدمه المدين ، والاستثناء لا يقاس عليه . فالتأمين الذي لم يقدمه المدين ، كحق الاختصاص ، يبقى في حكمه على الأصل ، فيزول بالتجديد ، ولا يجوز الاتفاق على نقله إلى الالتزام الجديد .

٥٠٧ - كيف يتم انتقال التأمينات مع الالتزام الأصلي إلى

الالتزام الجديد : أما كيف يتم انتقال التأمينات التي قدمها المدين من الالتزام الأصلي إلى الالتزام الجديد ، على النحو الذي قدمناه ، أى في حدود الالتزام الأصلي ويشترط أن يتم مع التجديد في وقت واحد ، فذلك يختلف

(١) فإذا جدد البائع التزام المشتري نحوه يدفع المثل إلى التزام جديد ناشئ من عقد قرض مثلاً ، لم يجوز الاتفاق على نقل امتياز البائع إلى هذا الالتزام الجديد .

(٢) وهذا هو التصرف أصله الفرنسي : Art. 1278 : Les privilèges et hypothèques de l'ancienne créance ne passent point à celle qui lui est substituée , à moins que le créancier ne les ait expressément réservés.

(٣) أنظر بودوى وبارد ٣ فقرة ١٧٣٧ .

باختلاف صور التجديد (١) .

فاذا كان التجديد بتغيير الدين ، تم نقل التأمينات بالطريق الذى يتم به التجديد ذاته ، أى باتفاق بين الدائن والمدين .

وإذا كان التجديد بتغيير الدائن ، تم نقل التأمينات أيضاً بالطريق الذى يتم به التجديد ذاته ، أى باتفاق بين المدين والدائن الأصلى والدائن الجديد ، فتتفق ثلاثهم على أن تبقى التأمينات التى قدمها المدين لكفالة الالتزام الأصلى حتى تكفل الالتزام الجديد .

وإذا كان التجديد بتغيير المدين ، فقد رأينا أن التجديد فى هذه الصورة يتم تارة باتفاق بين الدائن والمدين الجديد، ويتم طورياً باتفاق بين الدائن والمدين الأصلى والمدين الجديد . ونص القانون — المادة ٣٥٧ مدنى الفقرة الأولى حرف ب — لم يفرق بين الحالتين ، بل قضى بأنه : إذا كان التجديد بتغيير المدين ، جاز للدائن والمدين الجديد أن يتفقا على استبقاء التأمينات العينية دون حاجة إلى رضا المدين القديم . فلا حاجة إذن إلى رضا المدين القديم ، سواء اشترك فى التجديد أو لم يشترك ، لنقل التأمينات إلى الالتزام الجديد . ويصبح المدين القديم — بعد انقضاء دينه بالتجديد مع بقاء التأمينات تثقل ماله لكفالة المدين الجديد — بمثابة كفيل عيى لهذا المدين . وقد حسم التقنين المصرى بهذا النص خلافاً لا يزال قائماً فى القانون الفرنسى ، فالفقه فى فرنسا منقسم ، فى انتقال التأمين إلى الالتزام الجديد ، بين اشتراط رضا المدين وعدم اشتراط هذا الرضا (٢) .

(١) أنظر المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣

ص ٢٥٩ .

(٢) أنظر فى ذلك بودوى وبارد ٣ فقرة ١٧٣٨ ومن الفقهاء الذين يقولون بعدم ضرورة رضا المدين توليه ٧ فقرة ٣١٢ وما يملأها — ديانتون ١٢ فقرة ٣١١ — كولى دى سانتير ٥ فقرة ٢٢٦ مكررة — لا رومير ٥ م ١٢٧٩ فقرة ٢ — ديمولوب ٢٧ فقرة ٣٥٦ — فقرة ٣٥٧ . ومن الفقهاء الذين يقولون بضرورة رضا المدين ما ركاديه ٤ م ١٢٧٩ فقرة ٣ — لوران ١٨ فقرة ٣٢٢ — بودوى وبارد ٣ فقرة ١٧٣٨ — جوسران ٣ فقرة ٩١٤ .

٥٠٦ - التأمينات الشخصية والمينية التي قدمها الغير

٥٠٨ - وجوب رضا الغير بنقل هذه التأمينات : وقد يكون الغير هو الذى قدم التأمينات التى تكفل الالتزام الأصل . وهذا الغير إما أن يكون قد قدم تأميناً شخصياً ، بأن كان كفيلاً للالتزام الأصل أو مدينياً متضامناً فيه ، وإما أن يكون قد قدم تأميناً عينياً ، بأن يكون كفيلاً عينياً رتب رهناً على مال مملوك له لضمان الالتزام الأصل .

ففى جميع هذه الأحوال لا يجوز انتقال التأمين الشخصى أو العينى إلا برضاء الغير الذى رتب هذا التأمين . فلا يكتفى إذن ، حتى يكفل الكفيل الالتزام الجديد بعد أن كان يكفل الالتزام الأصل ، أن يفتق على ذلك الدائن والمدين ومعهما المدين الجديد أو الدائن الجديد ، بل لابد من رضا الكفيل أيضاً . فانه لم يكفل إلا التزاماً بعينه هو الالتزام الأصل ، فحتى يكفل التزاماً غيره ، ولو كان أقل قيمة ، لابد من رضائه بذلك (١) .

وإذا كان الالتزام الأصل التزاماً تضامياً ، فقد رأينا عند الكلام فى التضامن (٢) ، أن المادة ٢٨٦ مدنى تنص على أن « يترتب على تجديد الدين بين الدائن وأحد المدينين المتضامنين أن تبرأ ذمة باقى المدينين ، إلا إذا احتفظ الدائن بحقه قبلهم » . ورأينا أن باقى المدينين المتضامنين الذين لم يشتركوا فى إجراء التجديد لا يكونون متضامنين فى الالتزام الجديد إلا برضاهم . فاذا اتفق الدائن مع المدينين المتضامنين جميعاً على تجديد الالتزام الأصل ، ظلوا جميعاً متضامنين فى الالتزام الجديد . أما إذا اتفق الدائن مع سائر المدينين المتضامنين غير المدين الذى أجرى التجديد على أن يبقوا متضامنين فى الدين القديم ، أو احتفظ بحقه قبلهم دون ضرورة للاتفاق معهم ، فان هؤلاء المدينين لا يلتزمون ولو غير متضامنين ، بالالتزام الجديد ، بل يبقون ملزمين بالتضامن بالدين الأصل بعد حط حصة المدين الذى أجرى التجديد . وإذا كان الدائن

(١) مصر استثنائى ١٨ يوليه سنة ١٩٠٥ الاستقلال ٤ ص ٤٧٥ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ١٩٠ .

أراد أن ينقل التضامن إلى الدين الجديد ، واشترط ألا يتم التجديد إلا على هذا الأساس ، ورفض باقي المدنيين أن يلتزموا متضامنين بالدين الجديد ، فإن التجديد لا يتم إذ تخلف شرطه ، ويظل الالتزام التضامني الأصلي على حاله . أما إذا كان الدائن لم يتفق مع باقي المدنيين لا على أن يبقوا ملتزمين بالدين الأصلي ولا على أن يتضامنوا في الدين الجديد مع المدنيين الذي أجرى التجديد ، ولم يحتفظ بحقه قبلهم ، بل أجرى التجديد دون قيد ولا شرط ، فقد افترض المشرع في المادة ٢٨٦ مدني السالفة الذكر افتراضاً معقولاً أن نية الدائن قد انصرفت إلى إبراء ذمتهم من الدين الأصلي لأنه انقضى بالتجديد ولم يحتفظ بحقه قبلهم ، ومن الدين الجديد لأنهم لم يقبلوا الالتزام به . وقد سبق أن بينا ذلك تفصيلاً عند الكلام في التضامن (١) .

وإذا كان الغير قد قدم تأميناً لكفالة الالتزام الأصلي ، أى كان كفيلاً عينياً لهذا الالتزام ، فإن التأمين الذي قدمه بالمرتبعة التي هو عليها لا ينتقل إلى كفالة الالتزام الجديد إلا برضائه . وإذا كان قد رتب تأميناً عينياً لدائن آخر متأخراً في المرتبة عن التأمين الذي قدمه لكفالة الالتزام الأصلي ، وجب أيضاً ألا ينتقل تأمين الالتزام الأصلي إلى الالتزام الجديد إلا في حدود الالتزام الأصلي حتى لا يضار الدائن المتأخر في المرتبة ، وقد سبق الإشارة إلى ذلك .

٥٠٩ — يجوز نقل هذه التأمينات بعد إجراء التجهيز : والتأمينات

التي قدمها الغير ، شخصية كانت أو عينية ، بخلاف التأمينات العينية التي قدمها المدين ، لا يشترط أن يكون نقلها مع التجديد في وقت واحد ، بل يجوز أن يتفق على نقلها بعد إجراء التجديد (٢) . فيجوز إذن ، بعد إجراء التجديد ، أن يتفق أطرافه مع الكفيل الشخصي أو الكفيل العيني أو المدنيين المتضامنين على نقل

(١) انظر آنفاً فقرة ١٩٠ .

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى : « أما التأمينات التي تقدم من الغير — كالكفالة العينية أو الشخصية أو التضامن — فلا تنتقل إلا برضاء هذا الغير كفيلاً كان أو مدنياً متضامناً ... ويجوز أن يصدر هذا الرضاء بعد انقضاء التجديد ، في غير إحلال بحق الغير » (مجموعة الأعمال التفسيرية ٣ ص ٢٥٩) .

هذه التأمينات الشخصية أو العينية إلى الالتزام الجديد ، وذلك في غير إخلال بحقوق الغير .

والمراد بالغير هنا دائن له تأمين عيني متأخر في المرتبة . فإذا تم التجديد قبل الاتفاق على نقل الرهن المتقدم إلى كفالة الالتزام الجديد ، فقد انقضى هذا الرهن المتقدم بانقضاء الالتزام الأصلي المضمون بالرهن . فلا يجوز ، بعد أن استفاد الدائن المتأخر في المرتبة من زوال الرهن المتقدم على هذا النحو ، أن تتفق أطراف التجديد مع الكفيل العيني على أن ينتقل الرهن إلى الالتزام الجديد ، فيضار الدائن المتأخر في المرتبة بأحياء رهن مقدم على تأمينه بعد أن كان هذا الرهن قد انقضى .

الفرع الثاني

الانابة في الوفاء

(Délégation)

٥١٠ — هوية الانابة في الوفاء بالتجديد : قد تنطوي الانابة

في الوفاء على تجديد بتغيير المدين ، بل وعلى تجديد بتغيير الدائن أيضاً ، كما سترى . ولكنها قد لا تنطوي على أى تجديد ، فتكون الانابة في الوفاء نظاماً مستقلاً كل الاستقلال عن التجديد ، ولا علاقة تقوم بين النظامين (١) .

(١) بلانيول وويير وروان ٧ فقرة ١٢٧١ — دي باج ٣ فقرة ٦٠٣ .
وقد أدرج تالير (Thaller) أحكام الأوراق التجارية (effets de commerce) وهي ما تسمى الآن بسمات الائتمان المصرفية (titres de crédit) وهي الكيالات (lettres de change) والسندات الإذنية (billets à ordre) والشيكات (chèques) — إلى قواعد الإنابة في الوفاء (سجلات القانون التجاري سنة ١٩٠٦ وسنة ١٩٠٧ — القانون التجاري الملزمة السابقة فقرة ١٦٣٩) . وكذلك أدرجت إلى قواعد الإنابة في الوفاء أحكام أوراق الائتمان (lettres de crédit) والتحويل من حساب جار إلى حساب آخر (virement bancaire) . عل أن الفقه المعاصر يحول من هذا الاتجاه . فالشيك ليس إلا أمراً يصدره الساحب (tireur) إلى المصرف المسحوب عليه (tiré) يدفع قيمة الشيك لحامله (bénéficiaire direct ou endossataire) ، والمصرف ليس إلا وكيل الساحب ينقل ما وكله فيه ، وهذا هو أيضاً الحكم في التحويل من =

ولم يعرض التقنين المدني السابق للإثابة في الوفاء إلا بإشارة عابرة دون أن يذكر اسمها ، أما التقنين المدني الجديد فقد عني بها وأفرد لها نصوصاً خاصة (١) .

وسنرى أولاً كيف تم الإثابة في الوفاء ، سواء انطوت على تجديد أو لم تنطو . ثم نرى بعد ذلك ماهي الآثار التي تترتب على الإثابة في الوفاء في صورتها ، صورة التجديد وصورة النظام القانوني المستقل عن التجديد .

المبحث الأول

كيف تتم الإثابة في الوفاء

٥١١ — النصوص القانونية : تنص المادة ٣٥٩ من التقنين المدني على ما يأتي :

١ — تم الإثابة إذا حصل المدين على رضاء الدائن بشخص أجنبي يلتزم بوفاء الدين مكان المدين .

— حساب جار إلى حساب جار آخر (أنظر في هذا المعنى دى باج ٣ فقرة ٦١١ و فقرة ٦١١ مكررة) . وتخضع الكيالات والسندات الإذنية لأحكام خاصة بها أنشأتها وطورتها الماملات التجارية ، ولا تنسح لها قواعد الإثابة في الوفاء التي ترجع في أصلها إلى القانون الروماني (أنظر في هذا المعنى بيدان ولا جارد ٩ فقرة ١٠١٨ ص ١٠٠ — بولانييه في أنسيكلوبيدي دالوز ٢ لفظ *délégation*) فقرة ٢ و فقرة ٥ — فقرة ٦ . وأنظر في نظام ترحيب من الإثابة ، كان معروفاً في القانون للفرنسي القديم تحت اسم *(rescription)* ، وكان يتسع لتأصيل الأوراق التجارية ونحوها لو أن الفقه الفرنسي الحديث احتفظ به كما احتفظ به الفقه في ألمانيا وفي سويسرا إلى كاييتان في السبب فقرة ١٧٧ .

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية المشروع انتهى : « أما الإثابة فلم يعرض لها التقنين القائم (السابق) إلا بمجرد إشارة عابرة في بعض الأحكام الخاصة بالتجديد بتغيير المدين ، دون أن يعنى يذكر اسمها . ولكن المشروع أفرد لها فصوصاً خاصة استظهر فيها سمتا ذاتية من حيث التجديد ، وعرض صورتها ، فتناول الإثابة الكاملة وهي في حقيقتها ليست سوى تجديد بتغيير المدين ، والإثابة المقصورة وهي لا تستتبع التجديد وهي بذلك أعظم أهمية من الناحية العملية (مجموعة الأعمال التوضيحية ٣ ص ٢٤٠) .

٢ - ولا تقتضى الإنابة أن تكون هناك مديونية سابقة ما بين الدين والأجنبي (١) .

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدنى السابق ، ولكن الحكم كان معمولاً به دون نص (٢) .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدنى السوري المادة ٣٥٧ - وفي التقنين المدنى الليبى المادة ٣٤٦ - وفي التقنين المدنى العراقى المادة ٤٠٥ - وفي تقنين الموجبات والعقود البنىانى المادة ٣٢٦/١ و (٣) .

٥١٢ - الإنابة تفرض أشخاصاً محدودة : ويستخلص من النص المتقسم الذكر أن الإنابة تقتضى وجود أشخاص ثلاثة : (١) المنيب (délégant) وهو المدنى الذى ينيب الشخص الأجنبي ليقى الدين إلى الدائن ، ومن ثم سمي منيباً . (٢) النائب (délégué) وهو هذا الشخص الأجنبي الذى ينيبه المدنى ليقى الدين إلى الدائن ، ومن ثم سمي متاباً . (٣) النائب لديه (délégataire)

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٤٩٦ من المشروع النهيى حل وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٧١ فى المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٣٥٩ (مجموعة الأعمال التشريعية ٣ ص ٢٦١) .

(٢) الموجز للمؤلف فقرة ٥٨٠ وما بعدها - الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٨٠٦ وما بعدها .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السوري م ٣٥٧ (مطابقة للمادة ٣٥٩ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى الليبى م ٣٤٦ (مطابقة للمادة ٣٥٩ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى العراقى م ٤٠٥ (مطابقة للمادة ٣٥٩ من التقنين المدنى المصرى - وانظر الأستاذ

حسن الدونى فى أحكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى فقرة ٣٤١) .

تقنين الموجبات والعقود البنىانى م ٣٢٦/١ : إن التفويض هو تركيل يطل من شخص (يدعى المفوض) لشخص آخر (يدعى المفوض إليه) ليقته التزاماً تجاه شخص ثالث (يدعى المفوض لديه) - وهو لا يفيد بمحكم الضرورة وجوب موجب سابق بين المتماثلين . (وحكم التقنين البنىانى متطوق مع حكم التقنين المصرى) .

وهو الدائن الذى يتيب المدين الشخص الأجنبى لديه لئلا له الدين، ومن ثمسمى متاباً لديه .

٥١٣ - ما يمكن أن يقوم من مديونية ما بين هؤلاء الأشخاص المتبادلة:

والغالب أن يكون المتيب مديناً للمتاب لديه ، ولذلك يتيب المتاب فى وفاء هذا الدين . والغالب أيضاً أن يكون المتيب دائناً للمتاب ، ولذلك اختاره ليقوم بوفاء دينه للمتاب لديه ، فيتخلص المتاب بهذا الوفاء من الدين الذى فى ذمته للمتيب (١) .

على أنه ليس من الضروري أن يكون المتيب مديناً للمتاب لديه ، كما أنه ليس من الضروري أن يكون المتاب مديناً للمتيب .

فقد يكون المتيب غير مدين للمتاب لديه ، وإنما أراد أن يتبرع له بما ليس عنده أو يقرضه إياه فقصده المتاب ، سواء كان هذا مديناً له أو غير مدين ، وطلب إليه أن يلتزم باعطاء هذا المال للمتاب لديه . ولكن هذا القرض نادر ، إذ يكون المتيب فى الكثرة الغالبة من الأحوال مديناً للمتاب لديه ، ويريد عن طريق الإنابة أن يفي بهذا الدين (٢) .

وقد يكون المتاب غير مدين للمتيب ، ومع ذلك يرضى بأن يتوب عنه فى الوفاء بدينه للمتاب لديه ، على أن يرجع عليه بعد ذلك بما وفاه عنه . وقد يكون متبرعاً ، فلا يرجع على المتيب . ولما كانت مديونية المتاب للمتيب ليست حتمية ، بل وليست غالبية فى العمل كما تغلب مديونية المتيب للمتاب لديه ،

(١) فإذا باع شخص عقاراً مرهوناً لدائن ، وأصبح البائع دائناً بائناً المشتري ، جاز للبائع أن يفي الدين المضمون بالرهن عن طريق الإنابة فى الوفاء . وهم ذلك بأن يتيب البائع المشتري فى الوفاء بهذا الدين للدائن المرتهن ، ويكون البائع متيباً والمشتري متاباً والدائن متاباً لديه . وتكون هناك علاقة مديونية أولى بين المتاب والمتيب إذ المشتري مدين بائناً للبائع ، وعلاقة مديونية ثانية بين المتيب والمتاب لديه إذ البائع مدين للدائن المرتهن (انظر استئناف مخطط ١٨ أبريل سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٢٦٢) . وقد وجدت علاقة مديونية ثالثة بين المتاب والمتاب لديه ، إذ المشتري يصبح مديناً مديونية مباشرة للدائن المرتهن (استئناف مخطط ١٣ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٣٢) .

(٢) بلانولك وديبير ودوان ٧ فقرة ١٢٧١ .

قد تولت الفقرة الثانية للادة ٣٥٩ مدنى إبراز هذا الوضع ، فنصت كما رأينا على أنه ولا تقتضى الإنابة أن تكون هناك مديونية سابقة ما بين المدين والأجنبي ، أى ما بين المنيب والمتاب (١) .

٥١٤ - قد تتضمن الإنابة مجزئاً وقد تتضمن - الإنابة الكاملة

والإنابة القاصرة : والإنابة ، حل النحر الذى يبناه ، قد تتضمن تجديداً بتغيير المدين ، وقد تتطوى فوق ذلك على تجديد بتغيير الدائن . فإذا كان المنيب مدينأ للمتاب لديه ، ولم يكن المتاب مدينأ للمنيب أو كان مدينأ له ، واتفق الثلاثة على تجديد دين المنيب للمتاب لديه عن طريق تغيير المدين ، بأن يقبل المتاب أن يكون مدينأ للمتاب لديه مكان المنيب ، سميت الإنابة فى هذه الحالة إنابة كاملة (délégation parfaite) ، لأنها تتضمن تجديداً بتغيير المدين . وقد تتطوى هذه الإنابة الكاملة فوق ذلك على تجديد آخر بتغيير الدائن ، إذا كان المتاب مدينأ للمنيب وجدد هو الآخر دينه فجعل دائنه هو المتاب لديه بدلا من المنيب ، فيكون المنيب قد جدد دينه نحو المتاب لديه بتغيير المدين ، ويكون المتاب قد جدد دينه نحو المنيب بتغيير الدائن (٢) .

فإذا لم تتضمن الإنابة تجديداً بتغيير المدين ، بل بقى المنيب مدينأ للمتاب لديه إلى جانب المتاب ، وصار للمتاب لديه مدينان بدلا من مدين واحد ، المنيب وهو مدينه الأصيل والمتاب وهو المدين الجديد ، سميت الإنابة فى هذه الحالة بالإنابة القاصرة (délégation imparfaite) . وهى قاصرة إذهى لم تبرىء ذمة المنيب نحو المتاب لديه ، بينما الإنابة الكاملة قد أبرأت ذمة المنيب نحو المتاب لديه عن طريق التجديد . والإنابة القاصرة هى التى يغلب وقوعها

(١) وقد يعلق المنيب الإنابة على شرط فاسخ أو شرط واقف ، إذا كان الدين الذى له فى ذمة المتاب معلقاً على هذا الشرط ، فإذا تحقق الشرط انقضت الإنابة أو نفذت بحسب الأحوال (استئناف مخطط ٨ يونيو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣٧٣) .

(٢) وهذه الإنابة الكاملة التى تتضمن تجديداً بتغيير المدين وتجديداً بتغيير الدائن هى التى رددنا إليها الجلالة فى الفقه الإسلامى فى مذاهب المالكية والشافعية والحنبلة فيما قدمناه (انظر آتياً فقرة ٢٤٠) .

في العمل ، فإن المناب لديه قل أن يقبل إبراء ذمة المنيب ، ويأبى إلا أن يستبقه مديناً أصلياً ، ويضيف إليه المناب مديناً جديداً . ومن ثم نصت الفقرة الثانية من المادة ٣٦٠ مدني ، كما سنرى ، على ما يأتي : « ومع ذلك لا يفترض التجديد في الإنابة ، فإذا لم يكن هناك اتفاق على التجديد قام الالتزام الجديد إلى جانب الالتزام الأول » . فنية التجديد يجب ، كما قلنا ، أن تكون واضحة لا غموض فيها . فإذا قام شك ، اعتبرت الإنابة قاصرة لا تتضمن تجديداً (١) .

والعبرة في معرفة ما إذا كانت الإنابة كاملة أو قاصرة هي بأن تتضمن تجديداً بتغيير المدين أو لا تتضمن ، فإن تضمنت هذا التجديد كانت كاملة ، وإلا فهي قاصرة . أما التجديد بتغيير الدائن فليس من شأنه أن يجعل الإنابة كاملة ، فقد لا يتفق على التجديد بتغيير المدين ، فتكون الإنابة قاصرة حتى لو اتفق على التجديد بتغيير الدائن . على أن الغالب أن الإنابة إذا تضمنت تجديداً ، كان التجديد من الجهتين ، بتغيير المدين وتغيير الدائن في وقت واحد (٢) .

٥١٥ — الإنابة القاصرة والاشتراط لمصلحة الغير : ويمكن الوصول

إلى الإنابة القاصرة عن طريق الاشتراط لمصلحة الغير . ويكون ذلك بأن يشترط المنيب على المناب أن يقوم بوفاء دينه للمناب لديه ، فينشأ عندئذ للمناب لديه حق مباشر يستطيع بموجبه أن يستوفي حقه من المناب . فيكون له بذلك مدينان : المنيب وهو مدينه الأصلي ولم تبرأ ذمته بالاشتراط ، والمناب وهو المتعهد في الاشتراط فترتب في ذمته التزام مباشر نحو المناب لديه .

(١) دكتور تجاري ٦ ديسمبر سنة ١٩٥٥ الهامة ٣٦ رقم ٤٥٧ ص ١٣٧٤ — هذا ولا ضرورة في الإنابة ، كاملة كانت أو قاصرة ، لأي إجراء لتكون نافذة في حق الغير ، ويكفي في ذلك رضا أطراف الإنابة . ذلك أن الإنابة لا تنطوي على حوالة حق ، لتكون في حاجة إلى إعلان . فالمناب لديه يصبح دائناً للمناب دون أن ينتقل إليه حق المنيب في ذمة المناب ، إذ يبقى هذا الحق في ذمة المناب المنيب ما لم يكن قد انقضى بالتجديد (يودى وهارد ٣١ فقرة ١٧٤٦ — بلايول وريير وردوان ٧ فقرة ١٢٧٣) — ويصح أن يكون رضا المناب لديه ضمنيّاً ، كما إذا قبل استيفاء الدين من المناب (استئناف مخطوط ٢٠ أبريل سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١٠٨) . ويصور ، قبل رضا المناب لديه ، إذا اتفق المنيب والمناب على الإنابة ، أن يرجع كل منهما فيها (استئناف مخطوط ٢٠ يناير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ١٦٢) .

(٢) انظر بيدان ولا جارد ٩ فقرة ١٠٢١ .

بل إن الاشتراط لمصلحة الغير أيسر من الإنابة القاصرة ، إذ هو يتم بمجرد اتفاق المنيب والمناب ، ومن وقت هذا الاتفاق . أما رضا المناب لديه فليس ضرورياً إلا لجعل الاشتراط غير قابل للنقض . وهذا بخلاف الإنابة القاصرة ، فإنها لا تتم إلا في الوقت الذي يجتمع فيه رضا كل من المنيب والمناب والمناب لديه (١) . على أن الإنابة القاصرة تفضل الاشتراط لمصلحة الغير في أن المناب لديه لا يحتاج عليه بالدفع المستمدة من العلاقة ما بين المنيب والمناب ، أما المنتفع في الاشتراط فيحتاج عليه بالدفع المستمدة من عقد الاشتراط الذي تم بين المنيب والمناب (٢) .

المبحث الثاني

الآثار التي ترتب على الإنابة في الوفاء

٥١٦- التمييز بين صورتى الإنابة في الوفاء : هنا يجب التمييز بين صورتى الإنابة في الوفاء : الإنابة الكاملة (أى التجديد بتغيير المدين) والإنابة القاصرة .

المطلب الأول

الإنابة الكاملة أو التجديد بتغيير المدين

٥١٧- النصوص القانونية : تنص الفقرة الأولى من المادة ٣٦٠ من القانون المدني على ما يأتي :

(١) بلانيول وريبير وودوان ٧ فقرة ١٢٧٩ - والقضاء في فرنسا يتردد بين النظامين ، فهو تارة يطبق أحكام الاشتراط لمصلحة الغير وبخاصة فيما بين الورثة إذا اتفقوا على أن يحصل أحدهم بدين على التركة ، وطوراً يطبق أحكام الإنابة وبخاصة في إنابة البائع لمشتري أن يفي بدين على البائع . وأمام هذا التناقض بين النظامين ، يرجح الفقه أن يكون السبق للاشتراط لمصلحة الغير (بلانيول وريبير وودوان ٧ فقرة ١٢٧٩ ص ٦٨٢ - وأنظر أيضاً بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٥٧) .

(٢) بيدان ولا جارد ٩ فقرة ١٠٢٠ .

« إذا اتفق المتعاقدون في الإنابة على أن يستبدلوا بالتزام سابق التزاماً جديداً ، كانت هذه الإنابة تجديدًا للالتزام بتغيير المدين ، ويترتب عليها أن تبرأ ذمة المنيب قبل المناب لديه ، على أن يكون الالتزام الجديد الذي ارتضاه المناب صحيحاً وألا يكون المناب معسراً وقت الإنابة » .

وتنص المادة ٣٦١ على ما يأتي :

« ويكون التزام المناب قبل المناب لديه صحيحاً ولو كان التزامه قبل المنيب باطلاً أو كان هذا الالتزام خاضعاً لدفع من الدفع ، ولا يبقى للمناب إلا حق الرجوع على المنيب ، كل هذا ما لم يوجد اتفاق يقضى بغيره (١) » .

ولا مقابل لهذه النصوص في التقنين المدني السابق ، ولكن الأحكام كان معمولاً بها دون نص (٢) .

وتقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادتين ١/٣٥٨ و ٣٥٩ - وفي التقنين المدني الليبي المادتين ١/٣٤٧ و ٣٤٨ - وفي التقنين المدني العراقي المادتين ١/٤٠٦ و ٤٠٧ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٣٢٧ (٣) .

(١) تاريخ التصوص :

م ١/٣٦٠ : ورد هذا النص في المادة ١/٤٩٧ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١/٣٧٢ في المشروع التامى . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ١/٣٦٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٦٢ - ص ٢٦٣) .

م ٣٦١ : ورد هذا النص في المادة ٤٩٨ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٧٣ في المشروع التامى . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٣٦١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٦٤ - ص ٢٦٥) .

(٢) الموجز للمؤلف فقرة ٥٨١ - الأستاذ أحمد حشمت أبوستيت فقرة ٨٠٧ .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري : ١/٣٥٨ و ٣٥٩ (مطابقتان المادتين ١/٣٦٠ و ٣٦١ من التقنين المدني المصري) .

ونتناول ، في بسط الآثار التي تترتب على الإنابة الكاملة ، العلاقة ما بين المتب والمتاب لديه ، ثم العلاقة ما بين المتب والمتاب ، وأخيراً العلاقة ما بين المتاب لديه والمتاب .

٥١٨ - المعرفة ما بين المتب والمتاب لمريم : لما كانت الإنابة الكاملة

هي كما قلنا تجديد بتغيير المدين لالتزام المتب قبل المتاب لديه ، فإن التجديد يقضى هذا الالتزام ، فتراثمة المتب . ويشترط لانقضاء الالتزام ، كما هو الأمر في كل تجديد ، أن ينشأ الالتزام الجديد المترتب في ذمة المتاب للمتاب لديه صحيحاً . ولذلك لا تضعيف الفقرة الأولى من المادة ٣٦٠ مدني في هذا الصدد جديداً .

ولكنها تضعيف جديداً عند ما تشترط ألا يكون المتاب معسراً وقت الإنابة . ذلك أن الأصل في تجديد الدين بتغيير المدين أنه متى نشأ الالتزام الجديد صحيحاً ، فقد انقضى الالتزام القديم ، ولا يرجع الدائن إلا على المدين الجديد . فإذا كان هذا معسراً ، سواء كان معسراً عند التجديد أو أعسر بعد ذلك ، فإن الدائن هو الذي يتحمل تبعه هذا الإعسار ، ولا رجوع له على المدين الأصلي إلا إذا اشترط عليه ذلك عند التجديد . أما في الإنابة الكاملة ، فقد جعل القانون للدائن -

= التقنين المدني الليبي : م ٣٤٧/٣٤٨ (مطابقتان المادتين ١/٣٦٠ و ٣٦١ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي : م ١/٤٠٦ : إذا اتفق المصلحون في الإنابة حل أن يستبدلوا التزاماً جديداً بالالتزام الأول ، كانت الإنابة تجديدياً للالتزام بتغيير المدين . (ونص التقنين العراقي لا يشترط ، كما يشترط ، نص التقنين المصري ، ألا يكون المتاب معسراً وقت الإنابة : أنظر مع ذلك الأستاذ حسن الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ٣٤٣) . م ٤٠٧ (مطابقة المادة ٣٦١ من التقنين المدني المصري) .

تقنين الموجبات والسقود اللبناني م ٣٢٧ : إذا كان قصد المصلحين إبدال الموجب أو الموجبات السابقة بموجب جديد (تفويض كامل) فتتراث في الحال ذمة المفوض تجاه المفوض لديه ، حل شرط أن يكون الالتزام الجديد الذي التزمه المفوض إليه صحيحاً وأن يكون المفوض إليه ملتزماً عند التفويض . (وهذا الحكم متفق مع حكم التقنين المدني المصري . ولا مقابل في التقنين اللبناني المادة ٣٦١ من التقنين المصري ، فهل يمكن العمل بحكم هذه المادة في لبنان واحتياط التزام المفوض إليه تجاه المفوض لديه التزاماً مجرداً ، بالرغم من انعدام النص على ذلك ؟) .

المناب لديه - حتى الرجوع على المدين - المنيب - إذا كان المدين الجديد - المناب - معسراً وقت الإنابة ، وذلك دون حاجة إلى اشتراط ذلك عند الإنابة . فقد افترض القانون أن هذه هي نية ذوى الشأن ، وأن المناب لديه لم يقبل الإنابة مع التجديد ، وما يستتبع ذلك من براءة ذمة المنيب ، إلا وهو حاسب أن المناب موسر وقت الإنابة على الأقل . فاذا تبين أنه كان معسراً في هذا الوقت ، رجع المناب لديه على المنيب ، ولكن لا بدعوى ضمان ، بل بدعوى الدين الأصل . ذلك أن المناب لديه وقع في غلط جوهرى ، عند ما رضى بالإنابة حاسباً أن المناب غير معسر . فاذا ما أبطل الإنابة للغلط ، رجع الالتزام الأصل الذى كان له في ذمة المنيب بما كان يكفله من تأمينات (١) .

٥١٩ - المعرفة ما بين المنيب والمناب : قد لا تكون هناك مديونية

سابقة ما بين المنيب والمناب كما قدمنا . فعند ذلك ، وبعد أن أصبح المناب مديناً للمناب لديه ، يستطيع الرجوع على المنيب بدعوى شخصية ، هي دعوى الوكالة إن كانت الإنابة بتفويض من المنيب ، أو هي دعوى الفضالة ، أو في

(١) المذكرة الإيضاحية المشروع التمهيدى في مجموعة الأحكام التحضيرية ٣ ص ٢٦٤ - بلانيول وريبير ورومان ٧ فقرة ١٢٧٧ - وهل المناب لديه أن يثبت إصاار المناب حتى يستطيع الرجوع على المنيب (بودى وبارد ٣ فقر ١٧٤٨) .

ويذهب بعض الفقهاء إلى التمييز بين الإنابة الكاملة حيث يرجع المناب لديه على المنيب بدعوى الدين الأصل إذا كان المناب معسراً وقت الإنابة وذلك عن طريق إبطال الإنابة للغلط ، وبين التجديد بتغيير الدين إذا اشترط الدائن على المدين الأصل يسار المدين الجديد وقت التجديد حيث يرجع الدائن على المدين الأصل بدعوى الضمان لا بدعوى الدين الأصل إذا كان المدين الجديد معسراً وقت التجديد (كولان وكابيتان ٢ فقرة ٥٥٤ ص ٣٨٩ - بلانيول وريبير وبولانجييه ٢ فقرة ١٨٣٠ - بيدان ولاجار ٩ فقرة ١٠٢٢) . ويرى الأستاذة بلانيول وريبير ورومان أنه يمكن اعتبار التجديد بتغيير المدين المشروط فيه يسار المدين الجديد تعديداً معلقاً على شرط هذا اليسار . فإذا تخلف هذا الشرط ، وتبين أن المدين الجديد كان معسراً وقت التجديد ، انفسخ التجديد ، ورجع الدائن على المدين الأصل بدعوى الدين الأصل لا بدعوى الضمان ، فلا يكون هناك محل للتمييز بين الإنابة الكاملة والتجديد بتغيير المدين المشروط فيه يسار المدين الجديد (بلانيول وريبير ورومان ٧ فقرة ١٢٧٧ ص ٦٨١ - ص ٦٨٢ - وانظر أيضاً بودى وبارد ٣ فقرة ١٧٥٠) .

القليل دعوى الإثراء بلا سبب . وهذا كله ما لم يكن المناب قد انصرفت نيته إلى التصريح ، فعندئذ لا يرجع بشيء على المنيب .

أما إذا كان المناب مدينًا للمنيب ، فالغالب أن يكون قد قصد من قبوله الإنابة أن يحدد الدين الذي في ذمته للمنيب عن طريق تغيير الدائن ، ويكون قد وفى هذا الدين بالالتزام الجديد الذى نشأ في ذمته للمناب لديه ، فلا يرجع على المنيب بشيء (١) . وقد لا يقصد المناب تجديد دينه بتغيير الدائن . فعند ذلك تبقى الإنابة كاملة كما قدمنا ، لأن العبرة في كونها كاملة هي بانطوائها على تجديد بتغيير المدين لا على تجديد بتغيير الدائن . ولما كان التجديد بتغيير المدين قد أنشأ في ذمة المناب التزاماً جديداً نحو المناب لديه ، فإن المناب يرجع على المنيب بدعوى الوكالة أو الفضالة أو الإثراء بلا سبب . وقد تقع مقاصة — إذا توافرت شروطها — ما بين حق الرجوع هذا وبين الدين الذى في ذمة المناب للمنيب ، فينقضى هذا الدين عن طريق المقاصة إن كان لا يتقضى عن طريق التجديد .

٥٢٠ — المبررة ما بين المناب لمدين والمناب : رأينا أن التجديد بتغيير

المدين الذى تضمنته الإنابة الكاملة قد أنشأ التزاماً جديداً في ذمة المناب للمناب لديه ، حل محل الالتزام الأصيل الذى كان في ذمة المنيب للمناب لديه والذى انقضى بالتجديد . ومن ثم يكون للمناب لديه حق الرجوع على المناب بهذا الالتزام الجديد . فإن وجده معسراً ، وكان الإعصار قائماً وقت الإنابة ، فقد رأينا أن التجديد يجوز لإبطاله ، فيرجع المناب لديه على المنيب بدعوى الدين الأصيل . أما إذا كان الإعصار قد حدث بعد الإنابة ، تحمل المناب لديه تبعه هذا الإعصار ، ولا رجوع له على المنيب بسببه إلا إذا كان قد اشترط ذلك عليه في عقد الإنابة .

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للشروح التمهيدى في هذا الصدد : « ويقضى تجديد صلة المنيب والمناب شيئاً من التفصيل : فإن كان المنيب في ذمة المناب دين سابق ، انطوت الإنابة على تجديد بتغيير الدائن . وإن لم يكن بينهما مثل هذا الدين ، ثبت للمتاب حق الرجوع على المنيب ، ما لم تكن نيته قد انصرفت إلى التصريح له » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٦٤) .

(م) — الوسيط

وعند رجوع المتاب لديه على المتاب بالالتزام الجديد ، لا يستطيع الثاني أن يحتاج على الأول بالدفع التي كان يستطيع أن يحتاج بها على المتب في الدين الذي للمتب في ذمة المتاب ، فانه لا توجد علاقة بين هذا الدين وبين الالتزام الجديد الذي نشأ في ذمة المتاب للمتاب لديه . ويعتبر الالتزام الجديد التزاماً مجرداً (obligation abstraite) بالنسبة إلى الالتزام الذي في ذمة المتاب للمتب . ولذلك رأينا المادة ٣٦١ مدني تنص على أن « يكون التزام المتاب قبل المتاب لديه صحيحاً ، ولو كان التزامه قبل المتب باطلا ، أو كان هذا الالتزام خاضعاً لدفع من الدفع ، ولا يبقى للمتاب إلا حق الرجوع على المتب ، كل هذا ما لم يوجد اتفاق يقضى بغيره » . فإذا لم يجعل المتاب ، باتفاق واضح ، التزامه نحو المتاب لديه خاضعاً لالتزامه نحو المتب ، ولم يبين عند قبوله الإنابة أنه لم يرض بها إلا بسبب أنه مدين للمتب وأنه إنما يقبض بهذا الدين عن طريق التزامه نحو المتاب لديه ، كان التزامه نحو المتاب لديه مثبت الصلة بالتزامه نحو المتب . ويرتب على ذلك أنه يبقى ملتزماً نحو المتاب لديه عن طريق التجديد ، حتى لو ثبت أن التزامه نحو المتب باطل لأي سبب من أسباب البطلان ، أو أن هذا الالتزام قد انقضى لأي سبب من أسباب الانقضاء ، أو أن هناك أي دفع آخر يمكن أن يدفع به هذا الالتزام (١) . ويجب عليه في كل حال أن يقبض بالتزامه نحو المتاب لديه ، ثم إذا ثبت أن التزامه نحو المتب لا وجود له لبطلانه أو لانقضائه أو لأي سبب آخر ، رجع بدعوى الوكالة أو الفضالة أو الإبراء بلا سبب على المتب ، كما كان يرجع لو لم تكن بين الاثنين مديونية سابقة (٢) .

(١) استئناف غنط ٢٥ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣٦١ .

(٢) المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التصديرية ٣ ص ٢٦٥ — وهذا من العلاقة ما بين الالتزام الجديد والالتزام الذي يكون في ذمة المتاب للمتب . أما فيما بين الالتزام الجديد والالتزام الأصلي الذي كان في ذمة المتب للمتاب لديه ، فالعلاقة وثيقة ، فإن الأول قد حل محل الثاني من طريق التجديد . ويكون انقضاء الالتزام الثاني مترقفاً على نشوء الالتزام الأول صحيحاً ، كما أن نشوء الالتزام الأول مترقف على انقضاء الالتزام الثاني ، وهذا هو الأمر في شأن كل تجديد .

المطلب الثاني

الإبابة القصاصة

٥٢١ - النصوص القانونية : تنص الفقرة الثانية من المادة ٣٦٠ من التقنين المدني على ما يأتي :

« ومع ذلك لا يفترض التجديد في الإبابة ، فإذا لم يكن هناك اتفاق على التجديد ، قام الالتزام الجديد إلى جانب الالتزام الأول » (١) .
ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، ولكن الحكم كان معمولاً به دون نص (٢) .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٢/٣٥٨ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٢/٣٤٧ - وفي التقنين المدني العراقي المادة ٢/٤٠٦ - وفي تقنين الموجبات والعقود البنائي المادة ٣/٣٢٦ (٣) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢/٤٩٧ من المشروع المتهدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٢/٣٧٢ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٢/٣٦٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٦٢ - ص ٢٦٣) .

(٢) الموجز للمؤلف فقرة ٥٨٢ - الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيه فقرة ٨٠٧ .
(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٢/٣٥٨ (مطابقة للمادة ٢/٣٦٠ من التقنين المدني المصري) .
التقنين المدني الليبي م ٢/٣٤٧ (مطابقة للمادة ٢/٣٦٠ من التقنين المدني المصري) .
التقنين المدني العراقي م ٢/٤٠٦ (مطابقة للمادة ٢/٣٦٠ من التقنين المدني المصري : انظر الأستاذ حسن الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ٣٤٤ - فقرة ٣٤٥) .
تقنين الموجبات والعقود البنائي م ٢/٣٢٦ : وهذا التعامل لا يقدر تقديراً (ne se présume pas) ، ولا يفرض إلى تجديد موجب سابق كان يربط المفوض بالمفوض إليه أو المفوض بالمفوض لديه . وإذا لم يكن هناك نص خاص ، فالموجب الجديد يتنمى (vient se juxtaposer) بجانب الموجبات السابقة (وهذا ما يسمى التفويض التام) .
(وحكم التقنين البنائي متفق مع حكم التقنين المصري) .

وقد قدمنا أن التجديد لا يفترض في الإنابة ، فإذا لم يشترط أو قام شك في اشتراطه ، فالمفروض أن أطراف الإنابة لم يقصدا تجديدًا ، بل قصدا أن يضيف المناب لديه إلى المنيب مدينه الأصل مدينًا جديدًا هو المناب .

فنتناول هنا ، كما تناولنا في الإنابة الكاملة ، العلاقة ما بين المنيب والمناب لديه ، ثم العلاقة ما بين المنيب والمناب ، ثم العلاقة ما بين المناب لديه والمناب .

٥٢٢ — الموقوف ما بين المنيب والمناب لمرم : في الإنابة القاصرة يبق

لننيب مدينًا للمناب لديه ، ولا تبرأ ذمته إلا إذا وفى المناب الالتزام الجديد الذى فى ذمته للمناب لديه ، أو إلا إذا وفى المنيب نفسه للمناب لديه الدين الأصلى الذى فى ذمته . وبمجرد أن يقوم أحدهما — المناب أو المنيب — بالوفاء للمناب لديه ، تبرأ ذمة الآخر . وللمناب لديه أن يرجع على المنيب بالدين الأصلى بما يكفله من تأمينات (١) قبل أن يرجع على المناب ، كما أن له أن يرجع على المناب بالالتزام الجديد قبل أن يرجع على المنيب ، فليس يلتزم فى الرجوع على أحدهما بترتيب معين .

٥٢٣ — الموقوف ما بين المنيب والمناب : إذا لم تكن هناك

مديونية سابقة بينهما ، وقد أصبح المناب مدينًا للمناب لديه ، فانه إذا وفاه هذا الدين قبل أن يوفيه المنيب الدين الأصلى ، كان للمناب حق الرجوع على المنيب بدعوى الوكالة أو الفضالة أو الإثراء بلا سبب بحسب الأحوال ، ما لم يكن متبرعًا فلا يرجع بشئ .

أما إذا كان المناب مدينًا للمنيب ، فيجوز أن يكون قد قصد تجديد هذا الدين عن طريق التزامه نحو المناب لديه ، فينتفى التزاه نحو المنيب فى مقابل الالتزام الذى نشأ فى ذمته للمناب لديه ، ويكون هذا تجديدًا بتغيير الدائن . فإذا ما وفى المناب الدين للمناب لديه ، لم يرجع على المنيب بشئ . أما إذا كان المنيب هو الذى وفى الدين الأصلى للمناب لديه ، فانه يرجع على المناب بما كان

(١) بولانيه فى أنيكلويدى دالوز ٢ لفظ (délégation) فقرة ١٤ .

له من دين في ذمته ، لأن ذمة المناب نحو المناب لديه تكون قد برئت بالوفاء
للجاصل من المنيب ، فينسخ التجليد ، ويعود الدين الذي كان في ذمة
المناب للمنيب .

وقد لا يقصد المناب تجديد دينه قبل المنيب ، فيبقى هذا الدين قائماً في ذمته .
ويرجع به عليه المنيب ، إذا كان هو الذي قام بالوفاء للمناب لديه . أما إذا
كان المناب هو الذي قام بالوفاء للمناب لديه ، كان له حق الرجوع على المنيب .
وقد تقع مقاصة — إذا توافرت شروطها — ما بين حق الرجوع هذا وبين الدين
الذي في ذمة المناب للمنيب .

٥٢٤ — المروفة ما بين المناب لمديه والمناب : هذه هي السمة البارزة

في الإنابة القاصرة ، فان المناب يكون مدينًا جديداً للمناب لديه ، فيكون إذن
للمناب لديه مدينان : مدينه الأصلي وهو المنيب ، والمدين الجديد وهو المناب .
ويستطيع المناب لديه ، كما رأينا ، أن يرجع على أيهما دون أن يلتزم بترتيب
معين ، فإذا وفاه أحدهما برئت ذمة الاثنين معاً نحوه . ثم يرجع المناب على
المنيب أو لا يرجع بحسب الأحوال ، طبقاً للقواعد التي أسلفناها . وترتب على
ما قدمناه أنه إذا كان المناب مدينًا للمنيب ، فالتزم نحو المناب لديه في مقابل
لدين الذي في ذمته للمنيب ، اجتمعت ديون ثلاثة : دين المنيب للمناب لديه ،
ودين المناب للمنيب ، ودين المناب للمناب لديه . فإذا قضى المناب الدين
للمناب لديه ، انقضت هذه الديون الثلاثة في وقت واحد (١) .

ويلاحظ أنه إذا كان للمناب لديه مدينان ، فان كل مدين منهما مصدر

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد : « أما إذا بقى المنيب ملزماً بالدين
قبل المناب له رغم الإنابة ، فيكون الدائن مدينان عوضاً عن مدين واحد ، وهذا هو القرض
العالم لأن التجديد لا يفترض في الإنابة . فلو فرض في هذه الحالة أن كان للمنيب دين سابق
في ذمة المناب ، استجبت الإنابة وجود دين ثالث يقترب للمناب لديه في ذمة المناب ويقسم إلى
الدينين الأولين ، وهما دين المناب له قبل المنيب ودين المنيب قبل المناب ، فإذا قام المناب
بقضاء حق المناب له ، انقضت هذه الديون الثلاثة . وإذا تخلف عن الوفاء ، كان للمناب له أن
يرجع على المنيب والمناب ، دون أن يكونا متضامين . فإن وفاه الأول كان لهذا أن يرجع بدينه
على المناب ، وإن انصف من الثاني انقضت الديون الثلاثة كما تقدم بيان ذلك » (مجموعة الأحكام
التحضيرية ٣ ص ٢٦٤ — ص ٢٦٥) .

دينه مستقل عن مصدر دين الآخر : مصدر دين المنيب هو مصدر الالتزام الأصلي ، ومصدر دين المناب هو عقد الإنابة . ومن ثم لا يكون هناك تضام بين المدينين (١). كذلك لا يعتبر المناب كفيلاً للمنيب ، فقد قلنا أن للمناب لديه أن يرجع عليه أولاً وليس له أن يدفع بحق التجريد (٢).

والدين الذي أنشأته الإنابة في ذمة المناب للمناب لديه هو دين مجرد (obligation abstraite) ، لا يتأثر بالدين الذي يكون في ذمة المناب للمنيب ، شأن الإنابة القاصرة في ذلك هو شأن الإنابة الكاملة فيما قدمناه . فإذا كان الدين الذي في ذمة المناب للمنيب باطلاً ، أو كان قد انقضى ، أو كان يصح أن يدفع بأى دفع آخر ، فليس لأى شيء من هذا أثر في الدين الذي في ذمة المناب للمناب لديه (٣). ذلك أن المناب لديه عندما اتخذ المناب مدينًا جديدًا إلى جانب مدينه

(١) ولما كان الدينان لما محل واحد بالرغم من اختلاف المصدر ، يدل على ذلك أن الوفاء بأحدهما يبرئ من الآخر (انظر ص ١٤٢ من ٥٨٤) ، أمكن القول بأنه إذا لم يكن هناك تضامن بين المدينين ، فهناك تضام بينهما ، فهما مدينان بالتضام (in solidum) لا بالتضامن (انظر آنفاً فقرة ١٧٧ - وقارن بلانيول وريبير ودوان ٧ فقرة ١٢٧٨ - ص ٦٨٢ هامش رقم ١) .

(٢) فالإنابة للقاصرة شأن لدائن أكثر منها شأنًا للمدين ، والغرض منها أن يتمكن المدين من تقديم شأن لدائته، فيما إذا أراد مد أجل الدين أو فيما إذا وقع عند الدائن شك في يساره ، فيأتى مدين آخر إلى جانبه يستطيع الدائن أن يرجع عليه أولاً إذا شاء . وهذا من شأنه أن يبعث الاطمئنان إلى نفس الدائن ، وأن يمكن المدين من استخدام ما صي أن يكون له من دين في ذمة المناب ليكون أداة التمان يوثق بها دينه نحو دائته (انظر في هذا المعنى بلانيول وريبير ودوان ٧ فقرة ١٢٧٨ ص ٦٨٢ هامش رقم ١ - وانظر أيضاً بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٥٣ - كولان وكاينيان ٢ فقرة ٥٥٤) . ومع ذلك يذهب بعض الفقهاء إلى أن تفسير التية المقولة لأطراف الإنابة يردى إلى القول بأن المناب لديه يرجع أولاً على المناب ، فإن لم يدفع الدين في الحال رجع المناب لديه فوراً على المنيب دون حاجة إلى اتخاذ إجراءات أخرى . ويكون شأن الإنابة القاصرة في المسائل المدنية هو شأن الكيالية في المسائل التجارية ، ففى الكيالية إذا لم يستوف صاحبها حقه من المسحوب عليه رجع فوراً على الساحب (يبدان ولا جارد ٩ فقرة ١٠٢٤ ص ١٠٥ - وانظر أيضاً في هذا المعنى بولانجييه في أنسيكلوبيدى دالورز ٢ لفظ obligation فقرة ١٥ - بلانيول وريبير وبولانجييه ٢ فقرة ١٨٣٢) .

(٣) على أنه قد تنقل التأمينات التي كانت لدين المنيب في ذمة المناب عند رجوع المناب لديه على المناب إذا كانت هذه هي أية أصحاب الشأن، وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه =

الأصل لم يخل في اعتباره أن هذه الملبونية الجديدة لها أية صلة بالمديونية ما بين المتاب والمئتب . وقد سبق بيان ذلك تفصيلا عند الكلام في الإنابة الكاملة ، وأوردنا نص المادة ٣٦١ مدنى التى تقضى بأن « يكون التزام المتاب قبل المتاب لديه صحيحاً ولو كان التزامه قبل المتاب باطلا ، أو كان هذا الالتزام خاضعاً لدفع من الدفع ، ولا يبقى للمتاب إلا حق الرجوع على المتب ، كل هذا ما لم يوجد اتفاق يقضى بغيره » . وهذا النص يسرى على الإنابة القاصرة كما يسرى على الإنابة الكاملة ، فهو لا يميز فى عموم عباراته بين هاتين الصورتين (١) . وإذا وفى المتاب الدين للمتاب لديه ، وكان التزامه هو نحو المتب باطلاً أو كان قد

= إذا أناب بائع العقار المشتري فى الوفاء بدينه على البائع بما على المشتري من المئتب وكانت هذه الإنابة شرطاً فى البيع ، انتقل للمتاب لديه حق امتياز البائع على العقار وهو فى يد المشتري (استئناف مخطط ٧ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٨٢) .

(١) ومن الحق أن يرجع المتاب لديه على المتاب ، دون أن يستد بالمديونية بين المتاب والمتب . فهو فى الإنابة القاصرة قد ضم المتاب مئتباً إلى جانب المتب لقاء مزية أولاه ، كأن يكون قد مد فى أجل الدين . وهو فى الإنابة الكاملة قد أبرأ ذمة للمتب وجعل مكانه المتاب مئتباً ، فلا يجوز بعد أن فقد حق الرجوع على المتب ألا يستطيع الرجوع بعد ذلك على المتاب (بلانول وديير وردوان ٧ فقرة ١٢٧٤ - وانظر أيضاً بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٠٦ - وانظر استئناف مخطط ١٠ فبراير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٠٨ - ١٧ مارس سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ١٩١ - ومع ذلك انظر فى أن المتاب يستطيع أن يمتج على المتاب لديه بالدفع التى كان يستطيع أن يمتج بها على المتب وذلك فى الإنابة القاصرة دون الإنابة الكاملة : استئناف مخطط ٢٥ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣٦١) .

وإذا كان المتاب مئتباً للمتب وقبل الإنابة فأصبح مئتباً للمتاب لديه ، فإن مركزه يختلف فى الإنابة عنه فى حوالة الحق فيما إذا كان المتب ، بدلا من الالتجاء إلى الإنابة ، عد إلى حوالة الحق الذى له فى ذمة المتاب إلى دائن جديد . فتختلف عندئذ حوالة الحق عن الإنابة من الوجوه الآتية: (١) من حيث الائتماد : لا تقتضى الحوالة رضاه المدين ، وتقتضى الإنابة رضاه المتاب . (٢) من حيث التفاد : تقتضى الحوالة إطلاع المدين أو قبوله ، ولا تقتضى الإنابة إعلان المتاب إذ هو رضى بالإنابة فلا حاجة إلى إعلانه بها . (٣) من حيث الآثار : فى الحوالة ينتقل إلى الدائن الجديد نفس الحق بصفاته وتأميناته ودفعه ، وفى الإنابة يترتب للمتاب لديه فى ذمة المتاب حق جديد ليست له صفات الحق الذى للمتب على المنساب ولا تأميناته ولا دفعه . ويتبين من ذلك أن الإنابة تمتاز على الحوالة من الناحية الآتية : لا يستطيع المتاب أن يمتج على المتاب لديه بالدفع التى كان يستطيع أن يمتج بها على المتب ، أما فى حوالة الحق فكل التفتيش من ذلك يستطيع المدين أن يمتج على الحال له بالدفع التى كان يستطيع أن يمتج بها على الدائن الأصل .

انقضى، فانه يرجع على المتنب بدعوى الوكالة أو الفضالة أو الإثراء بلا سبب بحسب الأحوال، كما هو الأمر فيها لو لم تكن هناك مديونية سابقة بينهما .
وغنى عن البيان أن للمتاب أن يشترط في الإنابة جعل التزامه نحو المتنب سبباً لالتزامه نحو المتاب لديه، وعندئذ يسقط التزامه نحو المتاب لديه إذا تبين أن التزامه نحو المتنب كان باطلاً أو كان قد انقضى أو كان يمكن دفعه بأى دفع آخر (١) .

ولذا كان الدين الذى للمتاب لديه على المتاب لا يتأثر بالدين الذى للمتنب على المتاب، فانه على التقيض من ذلك يتأثر بالدين الذى للمتاب لديه على المتنب، إذ أن محل الدينين محل واحد كما قدمنا، فالدفوع التى يمكن أن يدفع بها أحدهما يدفع بها الآخر . ذلك أن المتاب لما اتخذ مدينين، المتنب والمتاب، لم يقصد أن يضاعف الدين الذى له، ولا وجه لهذه المضاعفة . بل هو قصد أن يتقاضى الدين الذى له من أى المدينين، فاذا تقاضاه من أحدهما برئت ذمة الآخر . فالدينان متصلان أحدهما بالآخر أوثق الاتصال، وإذا كان الدين الذى للمتاب لديه على المتنب باطلاً أو قابلاً للإبطال أو كان يمكن أن يدفع بأى دفع آخر، جاز للمتاب فى الدين الآخر الذى فى ذمته للمتاب لديه أن يدفع رجوع هذا عليه بكل هذه الدفوع (٢) .

(١) الأستاذ أساميل هاتم فى أحكام الالتزام بقرة ٢٧٩ ص ٣٥٩ .

(٢) أنظر فى هذا المعنى فيما يتعلق بالإنابة الكاملة كاييتان فى السبب بقرة ١٧٩ ص ٣٩٨ هامش رقم ٢ — بوردى وهارد ٣ بقرة ١٧٥٢ — وفى القانون الألمانى يميز الفقهاء، فى الإنابة الكاملة والإنابة القاصرة حل حد سواء، بين ما إذا كان المتاب قد التزم نحو المتاب لديه التزاماً مجرداً فنته ذلك لا يستطيع أن يحتج عليه بالدفوع التى كان يستطيع المتنب أن يحتج بها، أو التزم التزاماً غير مجرد وعندئذ يستطيع أن يحتج بهذه الدفوع (كاييتان فى السبب بقرة ١٨٣ ص ٤٠٩ هامش رقم ٣) . وغنى عن البيان أن المتاب، فى التقيض المصرى، لا يلتزم نحو المتاب لديه التزاماً مجرداً إلا فيما يتعلق بالدفوع التى كان يستطيع أن يحتج بها على المتنب (م ٣٦١ مذل)، أما الدفوع التى كان المتنب يستطيع أن يحتج بها على المتاب لديه فلا يوجد نص يحمل التزام المتاب فيها مجرداً .

انظر مكرس هذا للرأى — أى لا يجوز للمتاب أن يحتج على المتاب لديه بالدفوع التى تكون للمتنب فى مواجهة المتاب لديه — الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ٩٤ — ص ٩٥ بالنسبة إلى الإنابة القاصرة وص ٩٧ بالنسبة إلى الإنابة للكاملة — وانظر أيضاً الأستاذ محمود أبو عافية -

الفصل الثالث

المقاصة (*)

Compensation

٥٢٥ — المقاصة أداة وفاء وأداة ضمان: إذا أصبح المدين دائناً لدائته ، وكان محل كل من الدينين المتقابلين — ما في ذمة المدين للدائن وما في

في التصرف القانوني المبرر (النسخة العربية) فقرة ٦١ من ٢٢٠ — من ٢٢١ (ويذهب إلى حد أنه إذا قام المنيب بوفاء الدين بعد الإنابة ، لم تبرا ذمة المنيب ولا يجوز له أن يحتج على المنيب لديه بهذا الوفاء) .

والقضاء المخطئ قد اضطرد في المنى الذي تقول به ، فقد قضى : (أولاً) بأنه لا يجوز لمنيب أن يحتج على المنيب لديه بالدفع التي كان يستطيع أن يحتج بها على المنيب ، فهذا يكون لإلزام المنيب مجرداً (استئناف مخطئ ١٠ فبراير سنة ١٩٣١ م ٤٣ من ٢٠٨ — ١٧ مارس سنة ١٩٣٦ م ٤٨ من ١٩١ ، ومع ذلك انظر استئناف مخطئ ٢٥ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ من ٣٦١) . (ثانياً) بأنه يجوز لمنيب أن يحتج على المنيب لديه بالدفع التي تكون لمنيب في مواجهة المنيب لديه ، فهذا لا يكون إلزام المنيب مجرداً (استئناف مخطئ ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٠٨ م ٢١ من ٢٨ — ٢ مارس سنة ١٩٢١ م ٣٣ من ١٩٤ — أول ديسمبر سنة ١٩٢٥ م ٣٨ من ٧٨) .

هل أن المذكرة الإيضاحية للمشروع انتهى قد ورد فيها ما يفيد علم جواز احتياج المنيب على المنيب لديه بالدفع التي لمنيب في مواجهة المنيب لديه ، فقد جاء فيها ما يأتي : « بيد أن الفكرة الجوهرية في الإنابة هي أن تعهد المنيب قبل المنيب له تعهد مجرد . وأهم ما يتفرع عن هذه الفكرة من الناحية العملية علم جواز احتياج المنيب على المنيب (ووردت المنيب خطأ في المذكرة الإيضاحية) بالدفع التي كان له أن يتسلك بها قبل المنيب ، أو بالدفع التي كان لمنيب أن يتسلك بها قبل المنيب له » (مجموعة الأعمال التفسيرية ٣ من ٢٦٥) . ونرى علم التتديق بما جاء في المذكرة الإيضاحية في هذه المسألة .

(*) مراجع : جولان (Jousselin) في المقاصة القانونية والمقاصة القضائية رسالة من باريس سنة ١٩٠٠ — كاسان (Cassin) للدفع المستخلص من علم التنفيذ في الروابط التبادلية رسالة من باريس سنة ١٩١٤ — نيكيت (Nickit) مفعول المقاصة (Du jeu de la compensation) رسالة من مونبلييه سنة ١٩٣٤ — نستياني (Nestiani) في المقاصة في القانون الملحق الألماني رسالة من باريس سنة ١٩٣٨ — لير (Lair) في المقاصة والدعوى الفرعية —

ذمة الدائن للمدين — فقودا أو مثليات متحدة في النوع والوجود ، وكان كل من الدينين خالياً من النزاع مستحق الأداء صالحاً للمطالبة به قضاء ، انقضى الدينان بقدر الأقل منهما عن طريق المقاصة . فالمقاصة إذن هي أداة وفاء ، وهي في الوقت ذاته أداة ضمان (١) .

أما أنها أداة وفاء ، فذلك ظاهر مما قدمناه . فتقابل دينين توافرت فيهما شروط معينة يقضى كلا الدينين بقدر الأقل منهما ، فيكون كل مدين قد وفى الدين الذى عليه بالدين الذى له ، ومن هنا كانت المقاصة أداة وفاء أو سبباً من أسباب انقضاء الالتزام . بل هي أداة تيسر في الوفاء ، فهي تقضى دينين في وقت معاً دون أن يدفع أى مدين من المدينين إلى دائته شيئاً ، إلا من كان دينه أكبر فيدفع لدائته ما يزيد به هذا الدين على الدين الآخر . وبذلك يقتصد المدين من نفقات الوفاء ، ولا يتجشم عناء إخراج النقود أو غيرها من المثليات وإرسالها للدائن وما ينطوي عليه ذلك من مخاطر وتبعات (٢) . ومن ثم كان للمقاصة شأن كبير في المعاملات التجارية حيث الحاجة تشتد إلى السرعة في التعامل والاقتصاد في الإجراءات . وهذا الحساب الجارى ، وهو من دعايم

— في القانون الرومانى والقانون الفرنسى القديم والحديث باريس سنة ١٨٦٢ — أليير ديماردن (Albert Desjardins) في المقاصة والدعاوى القرعية في القانون الرومانى والقانون الفرنسى القديم والحديث باريس سنة ١٨٦٤ .

(١) وتقول المأكرة الإفصاحية المشفوعة التمهيدى في هذا المعنى : « ويظهر من ذلك أن المقاصة تنطوى على معنيين : أولها معنى الوفاء ، فكل من الدينين يقاس وفاء بالدين الآخر . والثاني معنى الضمان ، لأن من يتسلك بها ، لتلاق ما وجب في ذمته بما وجب له في ذمة هذا الدائن من حيث القصاص ، يضمن استيفاء دينه مقدماً على سائر الدائنين . وقد تناولت التفتينات الجرمانية في إحمال فكرة الضمان هذه ، ففقت المادة ١٢٣ من تقنين الالتزامات السويسرى مثلاً بأن الدائنين منه إغلاص المدين أن يقاسوا ديونهم ، ولو لم تكن مستحقة الأداء ، فيما يجب في ذمتهم من ديون المفلس . ونفى من البيان أن هذا النص يحل المقاصة حقيقة الامتياز ، وهو أمر غير مبسور القبول » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٧٤) .

ويلاحظ أن فكرة الضمان هي الثابتة في القوانين الجرمانية فالمقاصة فيها ضرب من التأمين (garantie) وفكرة الوفاء هي الثابتة في القوانين اللاتينية فالمقاصة فيها وفاء مبسط . (paiement abrégé) . انظر في هذا المعنى بيدان ولاجار ٩ فقرة ١٠٣٥ وفقرة ١٠٤٨ ص ١٢١ ملى رقم ٣ — كولان وكايتان ٢ فقرة ٥٧٦ .

(٢) بلانيول وريبير وروان ٧ فقرة ١٢٨١ .

التجارة ، يقوم على أساسين ، المقاصة ثم التجديد . فتقع المقاصة أولاً بين الحساب الدائن والحساب المدين ، ثم يتخلف عن المقاصة رصيد هو الذى يقع فى شأنه التجديد . وهذه غرف المقاصة (chambres de compensation) ، تقوم عملياتها على إجراء المقاصة بين ما للمصارف وما عليها ، فيستغنى بذلك عن نقل العملة من مصرف إلى مصرف ثم ردها بعد ذلك إلى المصرف الذى خرجت منه (١) .

وأما أن المقاصة أداة ضمان ، فذلك ظاهر أيضاً من أن الدائن الذى يستوفى حقه من الدين الذى فى ذمته لمدينه إنما يخص بهذا الدين الذى فى ذمته دون غيره من دائئى المدين ، فيستوفى حقه منه متقدماً عليهم جميعاً . وهو ، وإن كان دائماً عادياً ، فى حكم الدائن المرتهن أو الدائن ذى حق الامتياز ، والدين الذى فى ذمته فى حكم المال المرهون المخصص لوفاء حقه . ومن ثم تكون المقاصة من شأنها أن تقدم للدائن تأمينا ، فهى من هذا الوجه أداة ضمان (٢) .

٥٣٦ — المقاصة والرفع بعدم التنفيذ والحق فى الحبس : والمقاصة ،

كأداة للضمان على الوجه الذى يبتناه ، تقرب فى مهمتها من نظامين قانونيين آخرين ، هما الدفع بعدم التنفيذ والحق فى الحبس . فقد رأينا أن أى طرف فى العقد الملزم للجانبين له أن يمتنع عن تنفيذ ما عليه من التزام حتى يستوفى ماله من حق مقابل ، ورأينا كذلك أن الدائن له أن يحبس تحت يده ما لمدينه عنده حتى يستوفى حقاً مرتبطاً بالشئ المحبوس . ففي هاتين الحاليتين وضع القانون تحت تصرف الدائن أداة ضمان تكفل له الوفاء بحقه ، فيمتنع عن تنفيذ التزامه أو يحبس ما تحت يده . والمقاصة تؤدى نفس الغرض ، فالدائن لا يدفع الدين الذى عليه استيفاء للحق الذى له . بل إن المقاصة تصل إلى مدى أبعد فى تأخير هذا الغرض ، إذ الدائن لا يقتصر على الامتناع عن تنفيذ التزامه أو على حبس الدين الذى عليه ، بل هو يقضى الدين الذى عليه قضاء تاماً بالحق الذى له فى

(١) بودى وبارد ٣ فقرة ١٨٠٣ — بلانول وبيير ورولان ٧ فقرة ٧٢٨١ .

(٢) بيدان ولاجارد ٩ فقرة ١٠٣٤ — فقرة ١٠٣٥ — دى باج ٣ فقرة ١١٧ —

الموجز المؤلف فقرة ٥٨٣ .

ذمة دائته (١) . وقد سبقت الإشارة إلى ذلك عند الكلام في الدفع بعدم التنفيذ في الجزء الأول من الوسيط ، وفي الحق في الحبس في الجزء الثاني .

٥٢٧ - منشأ المقاصة في القانون الروماني وفي القانون الفرنسي

القديم : وما يوثق العلاقة ما بين المقاصة والحق في الحبس - والدفع بعدم التنفيذ ليس إلا صورة من صور الحق في الحبس كما قلنا - أن منشأهما واحد في القانون الروماني ، فقد كان كلاهما يقوم على الدفع بالغش (exception de dol) .

فقد رأينا عند الكلام في الحق في الحبس (٢) أن منشأ هذا الحق يرجع إلى عهد القانون الروماني ، فقد كان الحائز لعين غير مملوكة له وهو يعتقد أنها ملكه ، إذا أنفق مالا في حفظها أو في تحسينها ، وأراد المالك أن يسترد العين ، أعطى البريطور الروماني للحائز دفعا بالغش (exceptio doli) يدفع به دعوى الاسترداد حتى يسترد ما صرفه في حفظ العين وفي تحسينها . وكذلك أعطى هذا الدفع بالغش في العقود الملزمة لجانب واحد كالوديعة ، إذا أنفق المودع عنده مالا على الوديعة وكان له الحق في استرداد ما أنفق . وكان هذا الدفع مفهوماً ضمناً في العقود الملزمة للجانبين ، وبموجبه يستطيع كل من المتعاقدين أن يقف بتنفيذ التزامه حتى يقوم المتعاقد الآخر بتنفيذ الالتزام المقابل ، وهذا ما سمي بعد ذلك في القانون الفرنسي القديم بالدفع بعدم تنفيذ العقد .

أما المقاصة فقد تأخر ظهورها في القانون الروماني ، إذ حال دونها في أول الأمر مبدأ كان معروفاً في القانون الروماني القديم هو مبدأ وحدة الدعوى . فالدعوى الواحدة كانت لا تتضمن إلا طلباً واحداً ، وكان لا يجوز دفعها إلا بنعم أو لا ، أي بالإقرار أو الإنكار . فإذا طالب الدائن مدينه بالدين ، وأراد المدين أن يدفع الطلب بالمقاصة في دين له في ذمة الدائن ، امتنع ذلك عليه ،

(١) بودري وبارد ٣ فقرة ١٨٠٢ ص ١٣١ - ص ١٣٢ - بلانول وديبير وودران ٧ فقرة ١٢٨٠ .

(٢) الوسيط جزء ٢ فقرة ٦٣٦ .

لأنه لا بد أن يجيب أولاً بأن الدين الذى يطالب به الدائن هو فى ذمته حقاً ، ولا يستطيع أن يضيف إلى هذه الإجابة أن له أيضاً ديناً فى ذمة الدائن ، وقعت به المقاصة . فكان يحكم عليه أولاً بالدين الذى لدائنه فى ذمته ، وله بعد ذلك أن يرفع دعوى مستقلة على دائته يطالبه فيها بالدين الذى له فى ذمته . ولا يجوز أن يتقدم بهذه الدعوى كدعوى فرعية فى الدعوى الأولى التى رفعها الدائن ، لأن مبدأ وحلة الدعوى كان يحول دون ذلك . ثم أقر القانون الرومانى بعد ذلك استثناءات معينة من هذا المبدأ ، وانتهى الأمر إلى وضع قاعدة عامة . هى إعطاء المدين الذى له دين فى ذمة دائته دفْعاً بالغش (exceptio doli) يدفع به دعوى الدائن إذا لم يجر المقاصة بين ما له وما عليه ، فكان للمدين يتمكن بذلك من إجبار دائته على إجراء المقاصة . ونرى من ذلك أن هناك أضلاً مشتركاً بين المقاصة والحق فى الحبس والبلغ بعدم تنفيذ العقد هو الدفع بالغش . ثم تطور القانون الرومانى ، وفى عهد جوستينيان كانت المقاصة تجري بحكم القانون (ipso jure) ، ولكن ذلك لم يكن يعنى أن المقاصة كانت قانونية ، فقد بقيت مقاصة قضائية لا بد من التمسك بها أمام القضاء ويجوز للقاضى ألا يحكم بها إذا رأى أن البت فى الدين المقابل يستغرق وقتاً طويلاً وإجراءات معقدة . وإنما أريد بذلك أن التمسك بالمقاصة لم يعد يقتضى الدفع بالغش (١).

وانتقلت المقاصة إلى القانون الفرنسى القديم بعد تطور بطيء طويل المدى ، وكانت مقاصة قضائية فى بعض الجهات وقانونية فى الجهات الأخرى . ثم تغلبت المقاصة القانونية التى تم بمجرد تلاقى الدينين دون حاجة إلى حكم قضائى ، بل ودون علم الطرفين بوقوعها (٢) ، وذلك أخذاً بتفسير خاطئ للقانون الرومانى فى عهد جوستينيان حيث وردت عبارة (ipso jure) كما قلنا .

ومن القانون الفرنسى القديم انتقلت المقاصة القانونية على الوجه الذى يبيناه إلى التقنين المدنى الفرنسى ، نتيجة لهذا الفهم الخاطئ للقانون الرومانى (٣).

(١) بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٠٤ من ١٣٦ - من ١٣٧ .

(٢) برتييه فى الالتزامات فقرة ٦٢٥ .

(٣) بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٠٤ من ١٤٣ - من ١٤٤ باج ٣ فقرة ٦١٦ .

٥٢٨ - المقاصة في التقنيات الموثنية وفي التقنيات الجرمانية :

وهكذا انتقلت المقاصة من القانون الروماني ، حيث كانت مقاصة قضائية ، إلى التقنيات اللاتينية مقاصة قانونية .

وهناك فرقان جوهريان بين المقاصة القانونية والمقاصة القضائية : (١) فالمقاصة القانونية تم كما قدمنا بتلاقى الدينين المتقابلين ، فينقضيان معاً بمجرد هذا التلاقى وبمحكم القانون . ولا يملك القاضي إلا أن يقضى بالمقاصة بمجرد توافر شروطها ، دون أن يكون له الحق في رفضها بدعوى أن التحقق من الدين المقابل يقتضى وقتاً وإجراءات طويلة . بل عليه أن يتحقق من وقوع المقاصة مهما طاللت الإجراءات ، فإذا تحقق من ذلك وجب أن يقضى بها . أما المقاصة القضائية فلا تتم بتلاقى الدينين المتقابلين ، بل هي لا تقع إلا إذا صدر حكم القاضي بها . فلا بد إذن من أن يتمسك بها الخصم أمام القضاء ، وللقاضي أن يرفض الحكم بها إذا رأى أن البت في الدين المقابل يقتضى وقتاً وإجراءات طويلة . بل وله حق التقدير أن يقضى بها أو لا يقضى ، فقد يستصوب عدم القضاء بها بالرغم من تحقق شروطها ، تاركاً لدى الشأن أن يرفع دعوى مستقلة بالحق الذي له . (٢) المقاصة القانونية تقتضى شروطاً معينة يجب توافرها جميعاً حتى تقع بمحكم القانون ، فإذا ما توافرت هذه الشروط وقعت ولا مناص من وقوعها ، وإذا تخلف شرط مهما كان شأنه لم تقع . أما المقاصة القضائية فأكثر مرونة ، إذ هي موكولة إلى تقدير القاضي ، فقد لا يقضى بها مع توافر شروطها ، كما قدمنا ، وقد يقضى بها مع تخلف بعض الشروط .

أما التقنيات الجرمانية — كتقنين الالتزامات السويسري (١) والتقنين الألماني (٢)

(١) وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ١٣٨ من تقنين الالتزامات السويسري على ما يأتي : « لا تقع المقاصة إلا إذا أعلن المدين المعلن بنيته في التسليم بها ، فينقضى الدينان عندئذ بمقدار الأقل منهما ومن اللحظة التي كان فيها الدينان صالحين للمقاصة » .

(٢) وقد نصت المادة ٣٨٧ من التقنين المدني الألماني على ما يأتي : « إذا كان شخصان مدينين ، كل منهما للاخر ، بدين من جنس واحد ، جاز لكل منهما أن يقاس حقه في الحق الذي للاخر ، من الوقت الذي يستلج أن يطالب فيه بحقه وأن يؤدي الحق الذي عليه » . ونصت المادة ٣٨٨ على ما يأتي : « تم المقاصة بإعلان من الإدارة يوجه للطرف الآخر » .

والتنين الياباني (١) - فلم تأخذ لا بالمقاصة القانونية التي أخذ بها التنين المدني الفرنسي ، ولا بالمقاصة القضائية التي كان يأخذ بها القانون الروماني . بل جعلت المقاصة رهينة باعلان عن الإرادة (déclaration de volonté) يصدر من أحد الطرفين للآخر ، فضع المقاصة بموجب هذه الإرادة المنفردة متى كانت شروط المقاصة متوافرة . وتعتبر المقاصة قد وقعت بأثر رجعي من وقت توافر هذه الشروط ، لا من وقت الإعلان عن الإرادة ، دون أن يكون للقاضي حق التقدير . فالمقاصة على هذا الوجه ليست قانونية ، لأنها لا تقع بحكم القانون بل باعلان عن الإرادة . وليست قضائية ، لأن التمسك بها أمام القضاء ليس ضرورياً بل يصح أن يصدر هذا الإعلان خارج القضاء ، ثم إن القاضي لا يملك إلا الحكم بما متى توافرت شروطها وليس له حق التقدير . ومن ثم تصبح المقاصة في التنينات الجرمانية تصرفاً قانونياً صادراً من جانب واحد (٢) ، ولهذا التصرف أثر رجعي يستند إلى وقت تلاقى الدينين متوافرة فيهما شروط المقاصة . وهذا الأثر الرجعي في التنينات الجرمانية يقربها كثيراً من المقاصة القانونية في التنينات اللاتينية ، ففي النظامين تم المقاصة وينقضى الدينان من وقت تلاقيهما .

على أنه لا تزال هناك فروق بين النظامين . ففي النظام اللاتيني تنص المادة ١٢٩٠ من التنين المدني الفرنسي على أن المقاصة تتم من تلقاء نفسها وبحكم القانون ، ولو بغير علم المدينين . فينقضى الدينان على وجه التقابل ، في اللحظة

= ولا تصح إذا خلقت على شرط أو أضيفت إلى أجل . ونصت المادة ٣٨٩ على ما يأتي :
 « يترتب على المقاصة أن الحقين ، بالمقدار الذي يصادلان فيه ، يعتبران منقضين من وقت تواجدهما أحدهما تجاه الآخر صلحين للمقاصة » .

(١) وقد نصت المادة ٥٠٦ من التنين المدني الياباني على ما يأتي : « ١ - تتم المقاصة بإعلان من الإرادة يوجه إلى الطرف الآخر . ولا يجوز مع ذلك أن يملق هذا الإعلان على شرط أو يقترب بأجل . ٢ - والإعلان من الإرادة المذكور في الفقرة السابقة يستند إلى الوقت الذي كان فيه الدينان صلحين للمقاصة على وجه التقابل » .

(٢) أنظر التعليقات على التنين المدني الألماني جزء أول م ٣٨٨ .

التي يتلاقيان فيها ، في حدود ما يتعامل من مقدار كل دين (١) . ويتبين من ذلك أن المقاصة القانونية في التقينات اللاتينية تختلف عن المقاصة في التقينات الجرمانية من الوجوه الآتية :

أولاً — تقع المقاصة القانونية من تلقاء نفسها وبحكم القانون ، ولو دون علم أحد من الطرفين . وإذا كان أحدهما قد تمسك بالمقاصة ، فهذا التمسك لا يجعلها ثم ، إذ هي قد تمت قبل ذلك . وإنما هو يتمسك بواقعة ترتب عليها أثرها ، كما لو كان يتمسك بالوفاء أو بأى سبب آخر من أسباب انقضاء الالتزام (٢) . أما المقاصة في التقينات الجرمانية فلا تقع من تلقاء نفسها بحكم القانون ، وإنما تقع باعلان عن الإرادة يوجه إلى الطرف الآخر كما تقدم القول ، فهى إذن لا يمكن ان تقع دون علم من الطرفين . وإذا لم يعلن أحد من الطرفين لإرادته في إجراء المقاصة ، فالمقاصة لا تقع ، ولا يستطيع القاضى أن يجبرها بنفسه ، ويتقاضى كل من الطرفين الدين الذى له من الآخر .

ثانياً — إذا كانت المقاصة تستند في كل من النظامين إلى وقت تلاقى الدينين ، إلا أن ذلك لا يمنع من أن إعلان الإرادة في التقينات الجرمانية إجراء لا بد منه في المقاصة وله أثره البالغ . ذلك أنه يجب ، في التقينات الجرمانية ، أن تكون شروط المقاصة متوافرة إلى وقت إعلان الإرادة . فإذا كانت هذه الشروط متوافرة عند تلاقى الدينين ، ثم تخلف شرط منها عند إعلان الإرادة ، فإن الأثر الرجعى لا يفيد ، ولا يمكن إعلان الإرادة في إجراء المقاصة إلا إذا كانت شروطها متوافرة وقت الإعلان . وهذا بخلاف المقاصة القانونية ، فإنها تقع بمجرد تلاقى الدينين متوافرة فيهما الشروط ، حتى لو تخلف أحد هذه الشروط عند التمسك بها . ونورد مثلاً : دفع أحد الطرفين دينه بعد أن تلاقى الدينان

(١) وهذا هو النصق أصله الفرنسي : Art. 1290 : La compensation s'opère de plein droit par la seule force de la loi , même à l'insu des débiteurs ; les deux dettes s'éteignent à l'instant où elles se trouvent exister à la fois , jusqu'à concurrence de leurs quotités respectives.

(٢) وهذا ما كان يقوله بوتييه في عهد قانون الفرنسي القديم : بوتييه في الالتزامات
فقرة ٦٢٥ .

متوافرة فيها شروط المقاصة ، وهو مجهول ذلك . ففي النظام الإلزامي ، إذا كان هذا الدفع سابقاً على إعلان الإرادة ، لم يجوز صدور الإعلان بعد ذلك ، لأن المقاصة وقت الدفع لم تكن قد وقعت ، فوقع الدفع خصيصاً عن دين قائم لم ينقض بالمقاصة . ولا يبقى للطرف الذي دفع الدين الذي عليه إلا أن يتقاضى من الطرف الآخر الدين الذي له . أما في النظام اللاتيني ، فبمجرد تلاقى الدينين متوافرة فيها الشروط تقع المقاصة دون حاجة إلى إعلان ، فإذا دفع أحد الطرفين دينه بعد ذلك فقد دفع ديناً انقضى بالمقاصة ، وله أن يسرد ما دفعه للطرف الآخر بموجب قواعد استرداد غير المستحق ، لا أن يطالب الطرف الآخر بالدين الذي له كما هو الأمر في النظام الإلزامي . وهذا ما لم يكن قد نزل عن المقاصة ، فله في هذه الحالة أن يطالب الطرف الآخر بالدين الذي له (١) .

ثالثاً - إذا كان أحد الدينين قد سقط بالتقادم وقت إعلان الإرادة ، فقد كان ينبغي في التقنيات الإلزامية ألا يجوز صدور هذا الإعلان ، حتى لو كان الدين لم يسقط بالتقادم عند تلاقيه بالدين المقابل ، لأن أحد شروط المقاصة قد تخلف وقت الإعلان . أما في التقنيات اللاتينية ، فانه بمجرد تلاقى الدينين يتفصيلان بالمقاصة ، حتى لو أن أحدهما كان قد انقضت مدة التقادم بالنسبة إليه وقت التسلك بالمقاصة . ومن الغريب أن التقنين الألماني قد أورد في المادة ٣٩٠ حكماً في هذه المسألة يخالف منطق التقنيات الإلزامية ويتفق مع منطق التقنيات اللاتينية ، إذ تنص هذه المادة على ما يأتي : « لا يمنع التقادم من وقوع المقاصة إذا كان الحق الذي تم تقادمه لم يكن قد انقضى بالتقادم وقت إن كانت المقاصة ممكنة بينه وبين الحق الآخر (٢) » . وقد أورد التقنين المدني

(١) انظر المادة ١٢٩٩ من التقنين المدني الفرنسي . وانظر التعليقات على التقنين المدني الألماني جزء أول م ٣٨٧ فقرة ثانية وم ٣٨٩ فقرة ثانية .

(٢) انظر التعليقات على التقنين المدني الألماني جزء أول م ٣٨٩ فقرة ثانية . ويعمل الفقه الألماني هذا الخروج على منطق التقنين الألماني باعتبار محلية ، فإن الدائن الذي يصبح مديناً لمدينه يعتبر نفسه عادة قد استوفى حقه ، فلا يعنيه بعد ذلك أن يقطع سريان التقادم بالنسبة إلى حقه مادام قد استوفاه . فإذا سقط حقه بالتقادم قبل أن يعلن إرادته في إجراء المقاصة ، لم يماثل بمقتضى منطق القانون فيضيح عليه حقه ويجبر على الوفاء بدينه ، بل يماثل بمقتضى التصرف المألوف بين الناس فيملأ في سكوته عن قطع التقادم قبل إعلانه إرادته في إجراء المقاصة (التعليقات على التقنين المدني الألماني جزء أول م ٣٩٠ فقرة رابعة) .

المصرى الجديد هذا الحكم في المادة ٣٦٦ ، إذ تنص على أنه « إذا كان الدين قد مضت عليه مدة التقادم وقت التمسك بالمقاصة ، فلا يمنع ذلك من وقوع المقاصة به رغم التمسك بالتقادم ، ما دامت هذه المدة لم تكن قد تمت في الوقت الذي أصبحت فيه المقاصة ممكنة » . ولكن ورود هذا الحكم في التقنين المدني المصرى الجديد يتفق مع منطق هذا التقنين ، فقد أخذ بالمقاصة القانونية المعروفة في التقنينات اللاتينية كما سنرى .

رابعاً — لما كانت المقاصة في التقنينات الجرمانية لا تقع إلا باعلان الإرادة ، وجب أن يكون من أعلن إرادته في إجراء المقاصة أهلاً لوفاء الدين واستيفائه ، لأن التصرف القانوني الذي صدر منه هو وفاء لدينه واستيفاء لحقه . أما في التقنينات اللاتينية ، فالمقاصة تقضى الدينين بمجرد تلاقيهما ، وذلك بحكم القانون ودون حاجة إلى إعلان عن الإرادة . فالمقاصة في هذه التقنينات واقعة مادية وليست تصرفاً قانونياً ، ومن ثم لا تشترط أية أهلية في أى من الطرفين ، بل تقع المقاصة بحكم القانون في دينين متقابلين ، حتى لو كان كل من المدينين غير مميز (١) .

خامساً — في حوالة الدين ، هل يجوز للمدين الجديد أن يتمسك بمقاصة بين الدائن والمدين القديم ؟ إذا أخذنا بالنظرية الجرمانية ، لم يجوز ذلك ، لأن المقاصة لا تتم إلا باعلان عن الإرادة ، والمفروض أن المدين القديم لم يصدر منه هذا الإعلان فلم تقع المقاصة ، فانتقل الدين قائماً إلى المدين الجديد ، فليس لهذا أن يدفع بمقاصة لم تقع . وهذا ما نصت عليه صراحة المادة ٤١٧ من التقنين المدني الألماني ، إذ تقول : « لا يجوز للمحال عليه أن يتمسك بمقاصة مع حق للمدين السابق (٢) » . أما إذا أخذنا بالنظرية اللاتينية ، وجب القول بأن المقاصة قد

(١) لوران ١٨ فقرة ٣٨٢ — بيدان ولاجار ٩ فقرة ١٠٤٩ ص ١٢١ — دي باج ٣ فقرة ٦١٨ ص ٥٩٣ .

(٢) وهذا بخلاف حوالة الحق في التقنين للنفى الألماني ، فقد نصت المادة ٤٠٦ من هذا التقنين على ما يأتي : « يجوز للمدين أيضاً أن يتمسك تجاه الدائن الجديد بمقاصة في حق له في ذمة الدائن السابق ... » والسبب في هذا الاختلاف أن المدين في حوالة الحق قد يفاجأ بهذه الحوالة قبل أن يعلن إرادته في إجراء المقاصة بين الحق المحال وحق له في ذمة المجهل ، فلم يرد القانون أن =

وقعت بين دين المدين القديم ودين الدائن منذ تلاقيهما ، فالدين يكون إذن قد اقتضى بالمقاصة قبل حوالاته ، وللمدين الجديد أن يتمسك بهذه المقاصة قبل الدائن (١) .

هذا وقد اختار التقنين المدني المصري في المقاصة النظام اللاتيني ، جرياً على تقليده ، فأخذ بالمقاصة القانونية كما هي معروفة في التقنين المدني الفرنسي . وإذا كان قد نص في الفقرة الأولى من المادة ٣٦٥ مدني على ألا تقع المقاصة إلا إذا تمسك بها من له مصلحة فيها ، ففسر أن المقصود بهذا النص أن ينتهي عن المقاصة أنها من النظام العام ، فلا يصح للقاضي أن يقضي بها من تلقاء نفسه ، بل لا بد أن يتمسك بها ذو المصلحة فيها .

— يحرمه من إعلان إرادته في إجراء المقاصة حتى بعد الحوالة . أما في حوالة الدين ، فالمدندان القديم والجديد ، باتفاقهما على الحوالة قبل إجراء المقاصة ، قد جعل المقاصة مستحيلة باختيارهما (انظر التعليقات على التقنين المدني الألماني جزء أول م ١٧٤ فقرة ٢) . انظر في هذه المسألة المادة ٣٦٨ من التقنين المدني المصري والمادة ١٢٩٥ من التقنين المدني الفرنسي . وانظر آنفاً فقرة ٣٣٥ في الهامش .

(١) انظر آنفاً فقرة ٣٣٥ — وقد قلنا أن كلا من المدين الجديد والمدين القديم ، في التقنين المدني المصري ، يستطيع أن يتمسك بالمقاصة . وهذا ما لم تكن حوالة الدين قد انقضت باتفاق بينهما ، فإن هذا يدل على أن المدين القديم قد زل عن المقاصة ولا يريد التمسك بها ، فحول الدين الذي في ذمته إلى المدين الجديد ليطالب بالدين الذي له في ذمة الدائن .

هذا وما قلناه من الفروق بين المقاصة في القوانين الجرمانية والمقاصة في القوانين اللاتينية ترجع كلها إلى أن المقاصة في القوانين الأولى تقع بإعلان من الإرادة ، وتقع في القوانين الأخرى من تلقاء نفسها بحكم القانون . وهناك فروق ترجع إلى أن الفكرة الغالبة في المقاصة في القوانين الجرمانية هي فكرة الضمان ، وهي في القوانين اللاتينية فكرة الوفاء ، ونذكر منها فرقتين : (١) لا تشترط القوانين الجرمانية في وقوع المقاصة أن يكون الدينان خاليين من النزاع مستحق الأداء لأن فكرة الضمان لا تقتضي ذلك ، وتقتضيه فكرة الوفاء فكان شرطاً في القوانين اللاتينية . (٢) إذا أفلس أحد المدينين قبل وقوع المقاصة ، امتنع وقوعها في القوانين اللاتينية ، لأن وفاء ديون المفلس تتقيد بشروط وإجراءات تصارح مع وقوع المقاصة . أما في القوانين الجرمانية فالإفلاس لا يحول دون وقوع المقاصة ، بل إن فكرة الضمان تستدعي وقوع المقاصة عند الإفلاس أكثر مما تستدعي في الأحوال الأخرى (انظر في ذلك كولان وكايتان ٢ فقرة ٥٧٦) .

٥٢٩ — المقاصة القانونية والمقاصة القضائية والمقاصة الاختيارية :

رأينا فيما تقدم أن هناك إلى جانب المقاصة القانونية مقاصة قضائية هي المقاصة التي كانت معروفة في القانون الروماني . ويوجد إلى جانب هذين النوعين من المقاصة ما يعرف بالمقاصة الاختيارية ، وهي مقاصة تتم بإرادة أحد الطرفين أو بإرادتهما معاً ، إذا زل صاحب الشأن عن شرط من شروط المقاصة لم يتوافر مادام هذا الشرط مقررأ لمصلحته .

وأهم هذه الأنواع الثلاثة هي المقاصة القانونية ، وهي التي عني المشرع ببسط أحكامها تحت عنوان « المقاصة » ، وقصد بهذا التعبير المقاصة القانونية دون غيرها . فنبداً يبحثها ، ثم نبحث بعد ذلك النوعين الآخرين : المقاصة الاختيارية والمقاصة القضائية .

الفرع الأول

المقاصة القانونية

(Compensation légale)

٥٣٠ — المسائل التي يتناولها البحث : نبحث في المقاصة القانونية —

وكثيراً ما نطلق فنقول المقاصة فينصرف اللفظ إلى المقاصة القانونية — موضوعين رئيسيين :

(أولاً) الشروط الواجب توافرها حتى تقع المقاصة .

(ثانياً) كيف يكون لإعمال المقاصة ، وما هي الآثار التي تترتب عليها (١) .

(١) ولا يختلف التقنين المدني الجديد عن التقنين المدني السابق في أحكام المقاصة — هذا النص الوارد في التقنين الجديد قاضياً بوجوب التسك بالمقاصة — إلا في مسائل تفصيلية أشارت إليها المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد فيما يلي : « وقد عمد المشروع ، فوق علاج هذه المسألة الكلية (وجوب التسك بالمقاصة) ، إلى تدارك ميوب التقنين الراهن (السابق) ، ولا سيما فيما يتعلق بالتقاصير في الديون المتنازعة أو الديون المستحقة الأداء في أمكنة مختلفة . ثم أنه جمع النصوص المتعلقة بالمقاصة جماً أدنى إلى العقل والمنطق . ونفس كذلك على أن سقوط =

المبحث الأول

شروط المقاصة

٥٣١ — ما يدخل في الشروط ما لا يدخل — الديون التي لا تنفع

فيها المقاصة: يشترط ، حتى تقع المقاصة بين دينين متقابلين ، أن يكون محل كل منهما نقوداً أو مثليات متحدة في النوع والجودة ، وأن يكون الدينان صالحين للمطالبة بهما قضاء ، وأن يكونا خاليين من النزاع مستحقين الأداء .

ولا يشترط أن يتحد مكان الوفاء ، كما لا يشترط اتحاد مصدر الدينين .

وتقع المقاصة في الديون أياً كان مصدرها ، إلا في ديون معينة لا تقع فيها المقاصة نظراً لاعتبار خاص فيها .

فنبحث : (أولاً) ما يدخل في الشروط وما لا يدخل (ثانياً) الديون التي لا تقع فيها المقاصة .

المطلب الأول

ما يدخل في الشروط وما لا يدخل

١٩ — ما يدخل في الشروط

٥٣٢ — النصوص القانونية: تنص المادة ٣٦٢ من القانون المدني

على ما يأتي :

١ — للمدين حق المقاصة بين ما هو مستحق عليه لدائته وما هو مستحق له

— الدين بالتقادم لا يحول دون وقوع المقاصة ما دام هذا السقوط لم يكن قد تم في الوقت الذي أصبح فيه القصاص ممكناً ، وليس هذا الحكم إلا نتيجة منطقية لقاعدة استناد أثر المقاصة إلى وقت توافر شروط القصاص في الدينين ، (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٦٦ — ص ٢٦٧) . وانظر في هاتين المادتين المدني السابق للمؤلف فقرة ٨٨٣ — فقرة ٩٣٠ .

قبل هذا الدائن ولو اختلف سبب الدينين ، إذا كان موضوع كل منهما نقوداً أو مثليات متحلة في النوع والجودة ، وكان كل منهما خالياً من النزاع ، مستحق الأداء ، صالحاً للمطالبة به قضاء .

٢ - ولا يمنع المقاصة أن يتأخر ميعاد الوفاء لمهلة منحها القاضى أو تبرع بها الدائن (١) .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادتين ١٩٢ / ٢٥٦ و ١٩٤ / ٢٥٨ (٢) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٣٦٠ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٣٤٩ - وفي التقنين المدني العراقي المادتين ٤٠٨ - ٤٠٩ - وفي تقنين الموجبات والعمود البنائي المواد ٣٢٨ - ٣٣٠ (٣) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٤٩٩ من المشروع التمهيدى مل وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا بعض فروق لفظية بسيطة . ووافقت لجنة المراجعة مل النص مع تعديل لفظي طفيف ، تحت رقم ٣٧٤ في المشروع التمهيدى . ووافق عليه مجلس النواب . وفي لجنة مجلس الشيوخ استبدلت كلمة « للنوع » بكلمة « الجنس » لأنها أخص من الجنس ، وأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته بلجته تحت رقم ٣٦٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٦٨ و ص ٢٧٠) .

(٢) التقنين المدني السابق : ٢٥٦ / ١٩٢ : المقاصة هي نوع من وفاء الدين يحصل حيناً بدون علم المتعاملين إذا كان كل منهما دائناً ومديناً للأخر .

م ٢٥٨ / ١٩٤ : لا تقع المقاصة إلا إذا كان الدينان خاليين من النزاع ومستحق الطلب ، وكانا من القنود أو من أشياء من جنس واحد يقوم بعضها مقام بعض بالنسبة لنوعها وقيمتها ، ويشترط أن يكونا واجبي الأداء في مكان واحد .

(والأحكام متفقة في التقنينين القديم والجديد ، فيما عدا وجوب الأداء في مكان واحد فقد كان شرطاً في المقاصة في التقنين السابق ، وهو في التقنين الجديد ليس بشرط كما سنرى - انظر مع ذلك في وحدة مكان الوفاء في التقنين السابق وكيف فُسر بما يتفق مع التقنين الجديد : المبرز المؤلف فقرة ٥٨٩ - والتون ٢ ص ٥٢١ - ص ٥٢٢ - الأستاذ أحمد حشمت أبوسقيت ص ٢٦٥ هامش رقم ١) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٣٦٠ (مطابقة لمادة ٣٦٢ من التقنين المدني المصري) .

ويخلص من النص المتقدم الذكر أن هناك شروطاً خمسة يجب توافرها حتى تقع المقاصة بين دينين : (١) التماثل ما بين الدينين (٢) التماثل في الحل ما بين الدينين (٣) صلاحية كل من الدينين للمطالبة به قضاء (٤) خلو الدينين من النزاع (٥) استحقاق الدينين للأداء (١). ونضيف شرطاً سادساً هو أن يكون كل من الدينين قابلاً للحجز عليه ، وهو شرط يؤخذ من الحالات الواردة في المادة ٣٦٤ مدني ، حيث تقرر هذه المادة أن المقاصة لا تقع ، إذا كان أحد الدينين حقاً غير قابل للحجز . ولما كان الاعتبار الذي امتنعت من أجله المقاصة هنا يرجع إلى طبيعة الدين لا إلى مصلره ، فيحسن جعل هذه الحالة ضمن شروط المقاصة ، وانتراعها من الحالات الأخرى التي ترجع إلى مصلر الدين لا إلى طبيعته .

ونبحث هذه الشروط الستة تباعاً .

== التقنين المدني الليبي م ٢٤٩ (مطابقة المادة ٣٦٢ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٤٠٨ : المقاصة هي إسقاط دين مطلوب لشخص من غيره في مقابلة دين مطلوب من ذلك الشخص لغيره .

م ٤٠٩ : ١ — المقاصة إما جبرية تحصل بقوة القانون ، أو اختيارية تحصل بتراضي المتدينين . ٢ — ويشترط لحصول المقاصة الجبرية اتحاد الدينين جنساً ووصفاً وحلولاً وقوة وضمناً ، ولا يشترط ذلك في المقاصة الاختيارية . فإن كان الدينان من جنسين مختلفين أو متفاوتين في الوصف أو مؤجلين أو أحدهما حالا والآخر مؤجلاً أو أحدهما قوياً والآخر ضعيفاً ، فلا يلتصقان قصاصاً إلا بتراضي المتدينين ، سواء اتحد سببهما أو اختلف .

(والحكم منطبق مع حكم التقنين المصري : أنظر الأستاذ حسن الدون في أحكام الالتزام في القانون المدني فقرة ٣٥١ — فقرة ٣٥٥) .

تقنين الموجبات والقيود البناني م ٣٢٨ : إذا وجد شخصان وكل منهما دائن ومدين للآخر ، حق لكل واحد منهما أن يقاض الآخر بماله قبله حل قدر المبلغ الأدنى من الدينين .

م ٣٢٩ : لا تجرى المقاصة إلا بين الديون التي يكون موضوعها نقوداً أو أشياء ذات نوع واحد من المظليات .

م ٣٣٠ : لا يدخل في المقاصة إلا الديون المحررة والمستحقة الأداء . حل أن المهلة الممنوحة من القاض لا تحول دون المقاصة . وليس من الضروري أن يكون الدينان واجبي الأداء في مكان واحد . حل أن الأحوال التي تحول دون الإنفاء تحول مبدئياً دون المقاصة .

(وهذه الأحكام متفقة مع أحكام التقنين المصري) .

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيلي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٧٣ .

٥٣٣- الشرط الاول - التقابل ما بين الربيع : يجب لوقوع

المقاصة أن يكون هناك دينان متقابلان (réciproques) ، أى أن يكون كل من طرفي المقاصة مدينًا بشخصه للآخر وفي الوقت ذاته دائئًا بشخصه له . فيتقابل الدينان ، ويتقضيان بالمقاصة . فإذا كان (١) قد أقرض (ب) ألفاً ، ثم اشترى منه سيارة بألف ، وقعت المقاصة بين مبلغ القرض وثمان السيارة .

ويرتب على ذلك أنه لا يكون هناك محل للمقاصة إذا كان أحد الطرفين مدينًا للآخر بصفته الشخصية ودائئًا له بصفته ولياً أو وصياً أو قياً أو وكيلًا أو وارثاً ، أو كان الأمر على العكس من ذلك (١) . ولا تقع المقاصة بين دين الشركة في ذمة أجنبي ودين لهذا الأجنبي في ذمة أحد الشركاء ، إذ الأجنبي مدين للشركة ودائئ لأحد الشركاء والشركة غير أحد الشركاء فيها (٢) . ولا تقع المقاصة بين دين للدائن في ذمة المدين ودين لكفيل غير متضامن في ذمة الدائن ، إذ الدينان هنا غير متقابلين ، فأحدهما في ذمة المدين للدائن والآخر في ذمة الدائن للكفيل لا للمدين (٣) . ولكن الكفيل يستطيع أن يتمسك بالمقاصة بين الدين الذى كفله ودين للمدين في ذمة الدائن ، لأن مديونية تابعة

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه لا يجوز المقاصة في دين حل الوصى شخصياً للمدين القاصر المشمول بوصايته ، ولا في دين حل القاصر لمدين الوصى عليه ، ولا في دين مستحق حل الدائن لموكل المدين أو لكفيله ، ولا فيما لمدين شركة قبل أحد الشركاء المساهمين ، ولا فيما لمدين شركة قبل أحد الورثة ، ولا فيما لأحد الورثة قبل أحد دائي التركة (نقض مدني ٢٢ أكتوبر سنة ١٩٣٦ مجموعة محرر ١ رقم ٣٧٩ ص ١١٦٧ - انظر قريباً من هذا المنى : نقض مدني ١٥ يناير سنة ١٩٤٨ مجموعة محرر ٥ رقم ٢٩٠ ص ٥٢٣) .

(٢) نقض مدني ٢٢ أكتوبر سنة ١٩٣٦ مجموعة محرر ١ رقم ٣٧٩ ص ١١٦٧ - استئناف غنطل ١٣ مارس سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ١٨٥ - ٢٠ أبريل سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٢٧٥ - بودوى وبارد ٣ فقرة ١٨١١ .

(٣) ولكن يجوز للكفيل إذا طالبه الدائن أن يتمسك بالمقاصة في دين له حل الدائن ، إذ هو في بالدين المتكفل من طريق المقاصة ، ولكن المقاصة هنا اختيارية لا قانونية ، فلا يبقى الدينان إلا من وقت التمسك بالمقاصة . ولا يجوز للدائن أن يرجع حل المدين بعد ذلك فقد استوفى حقه من الكفيل ، وإذا رجع لغيره أن يدفع رجوعه بالمقاصة التي تمسك بها الكفيل . وإنما يرجع الكفيل حل المدين ، بعد أن وفي جهة : عن طريق المقاصة (بودوى وبارد ٣ فقرة ١٨١٤) .

لذويوية الدين ، فإذا تخلص المدين من مديونيته عن طريق المقاصة تخلص الكفيل تبعاً لذلك (١) . ولا تقع المقاصة بين ثمن الأوراق المالية التي اشتراها شخص في البورصة بواسطة الوكيل بالعمولة وبين دين للمشتري في ذمة البائع لهذه الأوراق ، وذلك لأن الوكيل بالعمولة يتوسط بين البائع والمشتري ، فيكون هو الدائن بالثمن وليس البائع ، فلا يكونان الدينان متقابلين (٢) . ولا تجوز المقاصة في دين حل الوقف للمدين المستحق فيه ، ولا في دين على المستحق في الوقف للمدين الوقف (٣) .

ومضى وجد دينان متقابلان لشخصين كلهما دائن للآخر ومدين له ،

(١) وقد نعت المادة ١٢٩٤ من التفتين المدني الفرنسي حل هذه الأحكام صراحة إذ تقول : « يجوز لكفيل أن يتسلك بالمقاصة في دين حل الدائن للمدين الأصل ، ولكن لا يجوز للمدين الأصل أن يتسلك بالمقاصة في دين حل الدائن لكفيل » . وهذا هو النص في أصله الفرنسي : Art. 1294 : La caution peut opposer la compensation de ce que le créancier doit au débiteur principal. Mais le débiteur principal ne peut opposer la compensation de ce que le créancier doit à la caution.

(٢) قارب استئناف مخطط ٤ فبراير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١٢٢ — بودوى وبارد ٣ بقرة ١٨١٩ .

(٣) استئناف مخطط ٢٨ فبراير سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١٩٦ — حل أنه قد قضى بوقوع المقاصة في دين الوقف حل دائن المصدق الوحيد فيه (استئناف مخطط ٥ ديسمبر سنة ١٩٤٥ م ٥٨ ص ١٤) .

ولا تجوز المقاصة بين دين للموكل ودين حل الوكيل بقبض الدين الأول (استئناف مخطط ٢٥ نوفمبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ٣٥) . وإذا اشترط البائع حل المشتري دفع الثمن لغيره ، أصبح المشتري مدينًا لهذا الغير بالثمن ، فلا يستطيع أن يقاسم الثمن بدين له في ذمة البائع (استئناف مخطط ٩ يونيو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٥٣٦) . ولا مقاصة بين دين لدائن ودين لأجنبي حل هذا الدائن (استئناف مخطط ١١ فبراير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١٣٦) ، ولكن يستطيع الأجنبي أن يقبل حوالة الدين الذي للدائن برضاء هذا الدائن ، فيصبح مدينًا للدائن وبالتالي له ، فتقع المقاصة . ولا يستطيع الدائن الظاهر أن يتسلك بالمقاصة بين الدين الظاهر الذي له حل المدين ودين للمدين في ذمة (ذي باج ٣ بقرة ٦٣١) . وإذا لم يصبح المدين دائنًا لذاته إلا بعد أن حوّل دائنه الحق الذي له في ذمة المدين ، لم تجز المقاصة بين الدينين ، لأن المدين قد أصبح بالمحوالة مدينًا للمحال له ثم صار دائنًا للدائن ، فلا تقابل بين الدينين (بلانيسول وريير وردوان ٧ بقرة ١٢٨٤ ص ٦٨٧) . انظر أمثلة أخرى : استئناف مخطط ٩ مارس سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٩٥ — ٢ مايو سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٤٢٥ .

وقعت المقاصة بين هذين الدينين (١) ، حتى لو كان أحد الطرفين أو كلاهما لم تتوافر فيه لا أهلية الوفاء ولا أهلية الاستيفاء (٢) . ذلك أن المقاصة واقعة مادية يرتب عليها القانون انقضاء الدينين . وليست تصرفاً قانونياً يتطلب أهلية معينة كما هو الأمر في القوانين الجرمانية على ما قلنا (٣) .

٥٣٤ - الشرط الثاني - التحلل في المحل ما بين الدينين : ويجب

أن يكون محل كل من الدينين قهوداً أو أشياء مثلية من نوع واحد ومن درجة واحدة في الجودة ، وذلك حتى يتمكن كل من الطرفين أن يستوفي حقه عن طريق المقاصة من نفس الشيء الواجب الأداء . فإذا كان لشيء على آخر مائة جنيه ، وعليه له مائة جنيه ، فانه بذلك يستطيع أن يستوفي المائة التي له بالمائة التي عليه . ولما كان المحلان متماثلين ، فقد استوفى كل من الطرفين حقه

(١) حل أنه يلاحظ أن المقاصة لا تقع ، حتى لو كان الدينان متقابلين ، إذا تعلق بأحد الدينين حق للغير أقوى من حق الطرف الآخر . وسنرى ذلك في حالة الحجر التصفيطي (م ٣٦٧ مدني) وفي حالة قبول المدين حلالة الحق (م ٣٦٨ مدني) فيما يأتي . ولذلك هنا ، تطبيقاً لقاعدة السالفة الذكر ، أنه إذا بيع مال المدين في المزاد وفاء لديونه ، فرسا المزاد على أحد الدائنين ، لم تقع المقاصة بين الدين الذي لهذا الدائن والتمن الذي عليه ، لأن التمن قد تعلق به حقوق الدائنين الآخرين ، فيجب أن يقسم بينهم قسمة الترماء . وهذا ما لم يكن للدائن الراس على المزاد رهن أو امتياز يجعله مقدماً على سائر الدائنين ، فتقع المقاصة عندئذ بين الدين الذي له والتمن الذي عليه ، إذ لم يتعلق بالتمن حق للدائنين أقوى من حقه ، بل حقه هو الأقوى : انظر في هذا المعنى استئناف غخط ٢٣ أبريل سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٣٢٨ - ٢٨ مايو سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٥٠ - ١٠ ديسمبر سنة ١٩١٨ م ٣١ ص ٥٣ - ١٠ يونيو سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ٣٣٥ - ١٨ أبريل سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٣٢٣ - ٧ نوفمبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ١٤ - ١٨ ديسمبر سنة ١٩٢٢ م ٣٦ ص ٩٢ - ١٨ فبراير سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٢٤٨ - ١٧ نوفمبر سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ١٣٨ - ٢٩ أبريل سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٦١ - ٢٤ يونيو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٨٢ - ١٣ يناير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ١٤٧ - ٥ مايو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٤٦٩ - وقارن بودوي وبارد ٣ فقرة ١٨٢٠ - بلانبول وريبير وودوان ٧ فقرة ١٢٨٤ ص ٦٨٨ .

(٢) أوبري ورو ٤ فقرة ٣٢٦ ص ٣٤٦ - بودوي وبارد ٣ فقرة ١٨٢١ - لوران ١٨ فقرة ٣٨٢ - بيدان ولاجاراد ٩ فقرة ١٠٤٩ ص ١٢١ - دي بلج ٣ فقرة ٦١٨ ص ٥٩٣ .
(٣) انظر أنفاً فقرة ٥٢٨ .

من نفس الشيء الواجب الأداء . ومن ثم تقع المقاصة بين دينين محل كل منهما قطن من نوع الكرنك ومن مرتبة « جودفير » ، أو قح هندي من صنف متوسط ، أو سيارات من ماركة بويك موديل سنة ١٩٥٧ ، وهكذا . وتصبح المقاصة كذلك في الأسهم والسندات وسائر الأوراق المالية ، إذا كانت متماثلة (١) .

ولا تجوز المقاصة في دينين محل أحدهما قطن من نوع الكرنك ومحل الآخر قطن من نوع الأففوني ، ولا في دينين محل أحدهما قح هندي ومحل الآخر قح استرالي . ومن باب أولى لا تجوز المقاصة في دينين محل أحدهما قطن ومحل الآخر قح ، ولا في دينين محل أحدهما نقود ومحل الآخر قح أو قطن ، ولو كان سعر هذه المثلثات محددًا في الأسواق أو في البورصات (٢) .

ولا تجوز المقاصة بداهة في دينين محل كل منهما محل أو امتناع عن عمل ، أو محل أحدهما محل ومحل الآخر امتناع عن عمل من باب أولى ، وذلك مهما تشابهت الأعمال ، وحتى لو لم يكن من الضروري أن يقوم المدين نفسه بالعمل الذي التزم به . فلا بد إذن لإمكان المقاصة أن يكون محل كل من الدينين التزامًا بنقل الملكية (obligation de donner) (٣) .

ولا تجوز المقاصة في دينين أحدهما بسيط والآخر تخيري أو بطل ، حتى لو كان أحد محلي الاختيار في الالتزام التخيري ، أو كان المحل الأصلي أو البديل في الالتزام البطل ، مماثلة في النوع والجودة للمحل في الدين البسيط . ذلك لأنه إذا وقعت المقاصة هنا ، حرم في الالتزام التخيري صاحب الاختيار من حق اختياره ، أو حرم المدين في الالتزام البطل من أن يؤدي الأصل أو البديل (٤) .

(١) بلانيول وريبير وروبان ٧ فقرة ١٢٨٥ .

(٢) قانون الفقرة الثانية من المادة ١٢٩١ من القانون المدني الفرنسي .

(٣) بلانيول وريبير وروبان ٧ فقرة ١٢٨٥ .

(٤) بودي وبارد ٣ فقرة ١٨٢٣ - فقرة ١٨٢٤ - أما إذا اختار صاحب الاختيار في الالتزام التخيري المحل الذي يؤديه ، أو اختار المدين في الالتزام البطل أن يؤدي الأصل أو أن يؤدي البطل ، وكان المحل الذي وقع عليه الاختيار مماثلة في النوع والجودة للمحل في الدين البسيط ، فإن المقاصة يمكن وقوعها حينئذ بين الدينين .

٥٣٥ - الشرط الثالث - صعوبة كل من الدينين للمطالبة به

قضاء : ولا بد ، لوقوع المقاصة ، أن يكون كل من الدينين صالحاً للمطالبة به قضاء . فإذا كان أحد الدينين أو كلاهما غير صالح للمطالبة به قضاء ، لم تجز المقاصة . فالالتزام الطبيعي لا يقبل المقاصة في التزام مدني ، بل ولا في التزام طبيعي مثله ، لأن المقوم الرئيسي للالتزام الطبيعي هو أن المدين فيه لا يجبر على الوفاء ، والمقاصة وفاء إجباري للمدين ، فتعارض مع طبيعة الالتزام الطبيعي .

وإذا كان أحد الدينين قد مضت عليه مدة التقادم ، فانه لا يصلح للمقاصة ، حتى قبل أن يتمسك المدين بالتقادم فيصبح التزاماً طبيعياً ، فان الدين الذي مضت عليه مدة التقادم لا يصلح للمطالبة به قضاء ، لأنه قابل للدفع بالتقادم (١) . ولا يصلح الدين الذي مضت عليه مدة التقادم للمقاصة به في دين آخر ، حتى

= هذا ولا يمنع المقاصة أن يكون أحد الدينين أو كلاهما مصحوباً بشرط جزائي ، فإن الشرط الجزائي لا يغير من محل الالتزام ، بل هو مجرد تقدير للتوفيق عند عدم الوفاء (بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٢٥) .

(١) ويمكن استخلاص هذا الحكم بطريق المفهوم العكسي من المادة ٣٦٦ مدني ، إذ تنص حل أنه « إذا كان الدين قد مضت عليه مدة التقادم وقت التمسك بالمقاصة ، فلا يمنع ذلك من وقوع المقاصة به رغم التمسك بالتقادم مادامت هذه المدة لم تكن قد تمت في الوقت الذي أصبحت فيه المقاصة ممكنة » . فيفهم من هذا النص ، بطريق عكسي ، إنه لو تمت مدة التقادم في الوقت الذي أصبحت فيه المقاصة ممكنة ، ولو قبل التمسك بالمقاصة ، فإن ذلك يمنع من التمسك بها . هذا إلى أن المقاصة وفاء إجباري ، والدين الذي مضت عليه مدة التقادم لا يجبر المدين على الوفاء به ، إذ يمكنه أن يتمسك بمقوّمه بالتقادم .

وقد اشترط التفتين المدني المصري أن يكون « صالحاً للمطالبة به قضاء » ، فيدخل الدين الذي مضت عليه مدة التقادم قبل التمسك بالتقادم حل ما رأينا ، لأنه دين غير صالح للمطالبة به قضاء . أما في التفتين المدني الفرنسي فلم يرد هذا الشرط ، ويدمج الفقه الفرنسي عادة في شرط استحقاق الدين للاداء ، فالالتزام الطبيعي لا يصلح المقاصة عند الفقه الفرنسي لأنه دين غير مستحق الاداء (بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٣٩) . ومن ثم وقع خلاف في الدين الذي مضت عليه مدة التقادم قبل التمسك بالتقادم ، هل يصلح المقاصة أو لا يصلح . فن انقضاء من يقول بصلاحيته (لارومبيير ٥ م ١٢٩١ فقرة ٢٥ - ديجولموب ٢٨ فقرة ٥٤٤ - بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٣٩ - في باج ٣ فقرة ٦٢٩) ، ومنهم من يقول بعدم صلاحيته (دلفنكور ٢ فقرة ٥٨١ - ديرانتون ١٢ فقرة ٤٠٨ - ماركاجيه ٤ فقرة ٨٢٦) .

لو كان هذا الدين الآخر هو نفسه قد مضت عليه مدة التقادم . بل الذى يقع فى مثل هذه الحالة أن كل مدين يتمسك بسقوط دينه بالتقادم ، فيسقط الدينان معاً ، ولكنهما يسقطان بالتقادم لا بالمقاصة . وما تخلف عن كل منهما من التزام طبيعى لا يصلح للمقاصة فى الالتزام الطبيعى الذى تخلف عن الالتزام الآخر ، لما سبق أن قلناه من أن الالتزام الطبيعى لا يقاس فى التزام طبيعى مثله .

وقد وضح السبب الذى من أجله يشترط فى الدين ، ليكون صالحاً للمقاصة ، أن يكون صالحاً للمطالبة به قضاء . فالمقاصة وفاء إجبارى كما قلنا ، والدين الذى لا يصلح للمطالبة به قضاء لا يجوز إجبار المدين على الوفاء به ، فتعارض طبيعته مع طبيعة المقاصة .

ولا يستخلص من هذا الشرط أنه إذا كان هناك دين أقوى من دين آخر ، لم تجز المقاصة بين هذين الدينين ، إذا كان المقصود بالدين الأقوى أن يكون أكثر توثيقاً أو أبعد مدى ونفاذاً من ناحية الواقع لا من ناحية الطبيعة القانونية . فالمقاصة تقع بين دينين أحدهما أقوى من الآخر بهذا المعنى ، ما دام الدينان صالحين للمطالبة بهما قضاء . فيقاس الدين المكفول بتأمينات فى دين لا تأمين له ، والدين الذى ينتج فائدة فى دين لا ينتجها ، والدين المشمول بسند قابل للتنفيذ كحكم أو ورقة رسمية فى دين غير مشمول بهذا السند (١) . أما إذا كان التفاوت فى القوة راجعاً إلى الطبيعة القانونية للدين ، كما رأينا فى الدين الطبيعى والدين المدنى ، وكما سئرى فى الحق القابل للحجز والحق غير القابل له ، فإن المقاصة تصبح غير ممكنة .

(١) أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٢٦ ص ٣٤٦ - وتصح المقاصة فى دين قابل للإبطال أو قابل الفسخ - مادام لم يطل أو يفسخ - ولو فى دين غير قابل لذلك ، ولا يرجع التفاوت فى القوة هنا إلى طبيعة الدين . فإذا ما أطل الدين أو فسخ ، انتقضت المقاصة واعتبرت كأنها لم تكن (استئناف مخطوط ١٥ ديسمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٥٩ - وانظر أيضاً أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٢٦ ص ٣٤٣ - يودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٣٨ وقرة ١٨٤٠) .

٥٣٦ - الشرط الرابع - خلو الدين من النزاع : ويجب ، لوقوع

المقاصة ، أن يكون كل من الدينين خالياً من النزاع (liquide) . والمراد بخلو الدين من النزاع أمران : (أولاً) أن يكون هذا الدين محققاً لا شك في ثبوته في ذمة المدين . (ثانياً) أن يكون الدين معلوم المقدار .

ولا بد من اجتماع هذين الأمرين في كل من الدينين (١) ، لأن المقاصة تتضمن معنى الوفاء الإيجابى ، ولا يجبر المدين على دفع دين متنازع فيه أو دين غير معلوم المقدار (٢) .

١ - والدين لا يكون خالياً من النزاع إذا قامت فيه من المدين منازعة جدية . وقاضى الموضوع هو الذى يقدر ما إذا كانت المنازعة تعتبر جدية قائمة على أساس ليكون الدين متنازعا فيه ، أو هى محاكمة من المدين يريد بها وقف لإجراء المقاصة وتقاضى الدين الذى له قبل الوفاء بالدين الذى عليه يزعم أن هذا الدين متنازع فيه (٣) . وليس من الضروري ، حتى يكون الدين متنازعا فيه أن ترفع به

(١) نقض مدني ١٥ يونيو سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٥٢ ص ٤٢٢ - استئناف مدني ٨ فبراير سنة ١٨٩٢ الحقوق ٦ ص ٤٠٩ - ٢١ أبريل سنة ١٩٠٤ الاستقلال ٢ ص ١٥٤ - استئناف غنطط ١٥ ديسمبر سنة ١٩٢٨ م ٥١ ص ٦٢ - ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٢٩ م ٥٢ ص ٦٦ - ١٦ فبراير سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ١٠٢ .

(٢) وفي القوانين الجرمانية لا يشترط لإسكان وقوع المقاصة خلو الدين من النزاع ، لأن المعتبر في المقاصة في هذه القوانين هو معنى التأمين أكثر من معنى الوفاء ، ومعنى التأمين يبقى قائماً حتى لو كان الدين غير خال من النزاع . ويذكر سالي في هذا الصدد أن الوفاء القليل يدين غير خال من النزاع هو الذى يكون غير مأمون المابقة ، فقد لا يكون الدين موجوداً ثم يتحمل على الدين استرداده من الدائن . أما الوفاء يدين متنازع فيه عن طريق المقاصة فليس فيه أى حرج ، وإذا تبين أن الدين غير موجود فليس في ذلك غير على أحد ، إذ أن شيئاً لم يدفع فيخشى من تعلق استرداده (سالي : بحث في النظرية العامة للالتزام في مشروع التفتين المدنى الألمانيقرة ٦٥ - وانظر رداً على ما يقوله سالي في بودى وبارد ٣ ققرة ١٨٣١ ص ١٦٩) .

(٣) ولا يعتبر الدين متنازعا فيه حتى لو لم يقدم الدائن الدليل عليه في الحال ، ما دام يستطيع أن يقدم هذا الدليل في وقت مناسب دون طول لإبطاء (لادجير ٥ م ١٢٩١ ققرة ١٥ - ديمولوب ٢٨ ققرة ٥١٧ - بودى وبارد ٣ ققرة ١٨٣٢ ص ١٧٠ - ص ١٧١) . ولا يمتع بالتنازع إذا كان الأمر لا علاقة له بالمقاصة (نقض مدني ٩ مارس سنة ١٩٢٢ الحاماة ١٢ رقم ٤٩٣ ص ٩٩٨) . .

دعوى أمام القضاء . بل يكفى أن تقوم في شأنه منازعة جلية ولو خارج القضاء . وكل دين غير محقق الوجود يكون في حكم الدين المتنازع فيه ، إذ يجمع بين الاثنين معنى الشك في وجود الدين . فالدين المعلق على شرط واقف هو دين غير محقق الوجود ، فلا تقع المقاصة بينه وبين دين آخر ، ولو كان هذا الدين الآخر هو أيضاً معلق على شرط واقف . ذلك أن أحد الدينين أو كليهما قد يوجد وقد لا يوجد ، والمقاصة تتضمن معنى الوفاء الإيجابى كما قلنا ، ولا جبر في وفاء دين معلق على شرط واقف قبل أن يتحقق الشرط (١) . أما الدين المعلق على شرط فاسخ فهو دين محقق الوجود وإن لم يكن محقق البقاء ، فتقع المقاصة بينه وبين دين آخر ، فإذا ما تحققت الشرط الفاسخ زالت المقاصة وعاد الدين المقابل إلى الوجود بأثر رجعى (٢) .

ب - ولا يكفى أن يكون الدين محقق الوجود ، بل يجب أيضاً أن يكون معلوم المقدار . فالدين الذى لا يكون معلوم المقدار لا يصلح للمقاصة ، ومن ثم لا يجوز للمضروب في عمل غير مشروع أن يقاص بحقه في التمييز قبل تقديره في دين عليه للمستول (٣) . ولا يعتبر الدين معلوم المقدار إذا كان تعيين مقداره يتوقف على تسوية معقدة (٤) ، أو على تقدير خبير ،

= وإذا صدر حكم بالدين، وكان الحكم غير نهائى ، بى الدين متنازماً فيه . فإذا أصبح الحكم نهائياً ، صار الدين خالياً من النزاع . وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن الدين الثابت مقتضى حكم نهائى يكون خالياً من النزاع (١١ أكتوبر سنة ١٨٨٧ الحقوق ٢ ص ٢١٧) . وقضت محكمة سوهاج بأنه لا تجوز مقاصة دين بحكم نهائى في دين بحكم ابتدائى ، لاحتمال إلغاء الحكم الابتدائى أو تعديله (١٨ مارس سنة ١٨٩٩ الحقوق ١٤ ص ١٠٠) .

(١) بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٣٢ ص ١٦٩ — استئناف مخطوط ١٣ ديسمبر سنة ١٩٠٦

١٩ ص ٣٦ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٥٣٥ في الخامس .

(٣) ولكن إذا كان المستول نفسه هو الذى يتمسك بالمقاصة ، فليس للمضروب أن يتمسك بعلم وقوعها بسبب عدم تقديره (استئناف مخطوط ١٤ مايو سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ١٤٣) . ولكن المقاصة هنا تكون اختيارية أو قضائية ، ولا تكون مقاصة قانونية .

(٤) كما يقع أحياناً في تصفية شركة أو تصفية تركة أو تصفية حسابات الأوصياء (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٨٦ ص ٦٩١ وهاش رقم ٣) .

ولا يصح معلوم المقدار إلا بعد إجراء التسوية أو بعد الحكم في تقدير الخبير (١).

(١) وقضت محكمة استئناف مصر بأن المقاصة القانونية لا تكون إلا حيث يخلو المبلغان المتخاص بينهما من كل نزاع يتعلق بأصلهما وتصفيتهما (٢٢ يونيو سنة ١٩٣١ الجريدة القضائية ٩٦ ص ١٥). فلا يمكن عمل المقاصة بين دين ثابت بكيفية واجبة الدفع عند الطلب وبين ثمن ألقان مدعى بتوريدها إذا كانت قيمتها متنازعا منها (استئناف ٤ ديسمبر سنة ١٩٢٢ الجمعية الرسمية ٢٥ رقم ٤٢ ص ٧٢)، ولا المصروفات القضائية إذا كانت غير مقررة (عابدين ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٠٢ الحقوق ١٧ ص ٢٧٦). وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الدين غير التحالي من النزاع لا يجوز فيه المقاصة (٦ يونيو سنة ١٨٨٩ م ١ ص ١٦٨)، فلا يجوز مقاصة أجرة ثابتة في دين متنازع فيه (١٣ نوفمبر سنة ١٨٨٩ م ٢ ص ٦)، ولا دين ثابت في دين لا يزال في حاجة إلى حكم لتصفيته (٥ مارس سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٣٤٢)، ولا أجرة ثابتة في تمويض لم يقدر من حجز مدعى في الأرض المؤجرة (٢٨ مايو سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٢٦٧)، ولا دين ثابت في دين لا يزال أمام القضاء (٥ فبراير سنة ١٨٩١ م ٣ ص ١٨٠ - ٧ ديسمبر سنة ١٨٩٢ م ٥ ص ٤٤ - ٢٢ نوفمبر سنة ١٨٩٤ م ٧ ص ٢١)، ولا دين ثابت في تمويض لم يقدر به، ومن باب أولى في دينين متباينين لا يزالان أمام القضاء (٣٠ يناير سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٢١٣)، ولا دين ثابت بمقدار صلح في دين لم يصدر به حكم نهائي (١١ فبراير سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ١٥٤)، ولا أجرة ثابتة في تمويض من أعمال أجزاها المستأجر لم يقدر به (٦ مايو سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٢٣٤)، ولا دين ثابت بمقدار في تمويض لم يقدر (٩ نوفمبر سنة ١٨٩٨ م ١١ ص ٢٩٠)، ولا دين معترف به في دين لم يقطع فيه الحساب (٤ فبراير سنة ١٩٠٣ م ٥ ص ١٣٢)، ولا دين ثابت بكيفية في دين صدر به حكم غيابي (٢٠ مايو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٠٨)، ولا دين معترف به في دين لا يزال في حاجة إلى إثبات (٤ مايو سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٢٣٣)، ولا أجرة ثابتة في تمويض لم يقدر (٢ مارس سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ١٥١)، ولا دين ثابت في أسهم متنازع فيها وغير معلومة المقدار (١٢ فبراير سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٨٤)، ولا دين ثابت في دين احتمالي (١١ فبراير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ١٨١)، ولا دين ثابت في دين محول متنازع فيه (٢٢ إبريل سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٣٧٧)، ولا يجوز المقاصة في دين غير مقدور (٢٣ نوفمبر سنة ١٩١١ م ٢٤ ص ١٥)، أو تمويض غير مقدور (٢٠ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٥٠)، أو دين يحتاج في تقديره إلى خبر (١٥ مايو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٨١ - ١١ يونيو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٤٢٥) أو يوجه عام دين متنازع فيه (١٦ مايو سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٣٥ - ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ١٢٠ - ١٨ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٩٥ - ١٤ يناير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ١٥١ - ١٩ يناير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٢٢ - ١٤ إبريل سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٢٧٨ - ١٠ يناير سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ١١٨ - ٣٠ يناير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٣٧ - ٢٨ مايو سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٣٤١ - ٢١ نوفمبر سنة ١٩٣٥ م ٤٨ ص ٣٤ - ١١ مارس سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ١٧٦ - ٤ نوفمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ١ - ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٣٧ م ٥٠ ص ٢٧ - ٢ فبراير سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ١٢١ - ٥ مايو سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢٨٥).

ولكن إذا كان تعيين مقدار الدين إنما يتوقف على عملية عناصرها ثابتة لا خلاف فيها ، وهى بعد سهولة الأجراء ، كأجرة عيادة الأطباء وكحساب جاز محمد العناصر ولا يتقصه لتحديد الرصيد إلا عملية حسابية بسيطة ، فإن الدين يعتبر معلوم المقدار وتصح فيه المقاصة (١) .

وإذا كان تعيين مقدار الدين يتوقف على مسألة موضوعية ، كان التعيين أمر واقع يترك لتقدير قاضى الموضوع ولا معقب عليه من محكمة النقض .

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختطة بمقاصة أجرة ثابتة فى حصول ورده المستأجر للمؤجر بكيات محددة وبمخالفات من المؤجر (١٥ أبريل سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٢٧٦) . وقد يكون الدين بنفسه ثابت وببعضه متنازع فيه أو غير معلوم المقدار ، فيجوز للقاضى أن يحكم بالمقاصة فى الجزء الثابت ، ويستبقى الجزء الآخر حتى يتم تقديره . ويجوز للقاضى كذلك فى الدين المتنازع فيه أن يحدد مقداراً منه هو الحد الأدنى لما يعتبره للقاضى ثابتاً فى ذمة الدين ، ويقتضى بالمقاصة فى هذا المقدار مقاصة قانونية لا مقاصة قضائية ، إذا لم ير ضرورة للانتظار حتى يفصل فى الدين كله (انظر فى هذا المعنى بودرى وبارد ٣ فترة ١٨٢٣ مكررة أولاً ص ١٧٣) . وكان المشروع التمهيدى للتعيين للمنفى الجديد يتضمن لماً يقرر هذا المبدأ ، هو المادة ٥٠٠ من هذا المشروع ، وكانت تجرى على الوجه الآتى : « إذا كان الدين الذى طلبت المقاصة فيه غير خال من النزاع ، وكان الفصل فيه ميسوراً ، جاز للقاضى أن يجرى المقاصة فيما ثبت له وجوده من هذا الدين » . وقد أقرت لجنة المراجعة هذه المادة ، كما أقرها مجلس النواب ، ولكن لجنة مجلس الشيوخ حلتها « لأنها تتناول نقطة تفصيلية يحسن تركها لقواعد العامة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٦٨ فى المامش) . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى شأن هذه المادة ما يأتى : « فيما من ناحية أنه (المشروع) أجاز المقاصة ولو كان دين الدين متنازعا ، وجعل للقاضى أن يجرىها فيما ثبت له وجوده من هذا الدين . ولا يعتبر هذا الإجراء صورة من صور المقاصة القضائية ، لأن أثر القصاص فى هذه الحالة ينسحب إلى وقت تلاقى الدينين ولا يترتب من وقت صدور الحكم فحسب » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٧٤) .

وهناك طريقة يستطيع من كان له دين متنازع فيه أن يلجأ إليها إلى أن يفصل فى النزاع ، فتقع المقاصة . وذلك أن يوقع حيزاً تحت يد نفسه بالدين الذى له وهو الدين المتنازع فيه حل الدين الذى فى ذمة لدينه والذى يرمى إلى إجراء المقاصة فيه . ويجوز الحيز هنا بدين متنازع فيه حل أن يقدر القاضى الدين تقديرأ مؤقتاً . فإذا فصل فى مقدار الدين فى دعوى تثبيت الحيز ، أصبح الدين خالياً من النزاع ، ووقعت المقاصة . وقد قضت محكمة الاستئناف المختطة بأنه إذا حيز الدين تحت يد نفسه يدين له حل الدائن ، فبمجرد تثبيت الحيز تقع المقاصة بين الدينين (استئناف مختلط ٢٨ مارس سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٢٢٠) .

أما إذا كان تعيين المقدار يتوقف على مسألة قانونية كمقدار نصيب الوارث في التركة ، فإن التعيين يكون من المسائل القانون ويخضع لرقابة محكمة النقض (١) .

٥٣٧ - الشرط الخاص - استحقاق الدينين لوفاء : ويجب ،

لوقوع المقاصة ، أن يكون كل من الدينين مستحق الأداء ، لأن المقاصة وفاء إجباري كما قلنا ، ولا يجبر المدين على الوفاء إلا عند استحقاق الدين .

والدين لا يكون مستحق الأداء إذا كان مضافاً إلى أجل واقف . فلا يجوز المقاصة بين دين مؤجل ودين حال ، ولا بين دينين كلاهما مؤجل ، إذ يكون المدين قد أجبر بذلك على الوفاء قبل حلول الأجل (٢) . على أن نظرية الميسرة التي يمنحها القاضي للمدين ، وهي أجل ، لا تمنع من المقاصة كما قلنا . إذ أن القاضي قد منحها للمدين نظراً له ، على اعتبار أنه غير قادر على الوفاء بدينه

(١) يودى وهارد ٣ فقرة ١٨٣٣ مكررة ثانياً .

(٢) وقد يكون للمدين الحق في حبس الدين المستحق الأداء ، فيكون الحبس بمثابة الأجل ، ولا يكون الدين في هذه الحالة مستحق الأداء ، فلا يصلح المقاصة . فإذا اشترى الدائن من مدينه عقاراً مرهوناً لغيره ، كان من حقه أن يحبس الثمن ليوفى حق الدائن المرتهن . فلا يستطيع البائع للمقار أن يتسلك بالمقاصة بين هذا الثمن والدين الذي عليه المشتري . ولكن المشتري يستطيع أن ينزل من حقه في حبس الثمن ، وأن يتسلك هو بالمقاصة بين الثمن والدين الذي في ذمة البائع ، فإذا ما رجع الدائن المرتهن على المقار المرهون واستوفى حقه منه ، رجع المشتري على البائع بالفضاء . والقضاء التفرسي يمنع ، في هذه الحالة ، التمسك بالمقاصة ، سواء من جانب البائع أو من جانب المشتري ، يدعى أن أحد الدينين ، وهو الثمن ، قد ترتب عليه حق الغير ، وهو الدائن المرتهن . وقد طبقنا هذا المبدأ الذي يقول به القضاء التفرسي في حالة ما إذا بيع مال للمدين في المزداد وفاء لديونه ، فرسا المزداد على أحد الدائنين ، فلا تقع المقاصة بين الدين الذي لهذا الدائن والثمن الذي عليه ، لأن الثمن قد تعلق به حقوق الدائنين الآخرين ، فيجب أن يقيم بينهم قسمة الترماء (انظر آنفاً فقرة ٥٣٢ في المالحش) . ولكن المزداد الجبري في هذه الحالة الأخيرة قد ظهر المقار من الرهون إن كان مرهوناً ، وهو على كل حال جعل حقوق الدائنين تتعلق بالثمن الذي رسا به المزداد ، فلم يند الثمن بمد أن تعلقت به حقوق الغير صلحاً بالمقاصة ، أما في بيع المقار للمرهون بيعاً اختيارياً ، فإن حق الدائن المرتهن لم يتعلق بالثمن ، بل هو لا يزال متعلقاً بالمقار المرهون (انظر في هذه المسألة بلاثيول وريبير وودوان ٧ فقرة ١٢٨٧ مكررة ثالثاً - لوران ١٨ فقرة ٤٢ - يودى وهارد ٣ فقرة ١٨٤٨ - وقارون ديولومب ٢٨ فقرة ٦٣٥ - أوبري ورو ٤ فقرة ٣٢٦ مالحش رقم ٣ - بيدان ولاجارد ٩ فقرة ١٠٣٩) .

فوراً ، فإذا تبين أنه قادر على الدفع عن طريق المقاصة ، أى عن طريق الوفاء بحق له استجد في ذمة دائته ، فلا وجه لانتظار انقضاء الأجل الذى بمنحه القاضى ، بل تقع المقاصة قبل انقضاء هذا الأجل . ومثل نظرية الميسرة الأجل الذى تبرع به الدائن ، فهو أيضاً لا يمنع من وقوع المقاصة ولو قبل انقضائه ، لنفس الأسباب التى قدمناها في نظرية الميسرة . وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٣٦٢ مدنى ، كما رأينا ، على هذا الحكم صراحة إذ تقول : « ولا يمنع المقاصة أن يتأخر ميعاد الوفاء لمهلة منحها القاضى أو تبرع بها الدائن » .

فإذا كان الدين مضافاً إلى أجل ، فإنه لا يصلح للمقاصة كما قدمنا ، ولا بد من حلول الأجل حتى يصبح صالحاً (١) . ويحل الأجل بانقضاء مدته ، أو بالزول عنه بمن له مصلحة فيه . فإذا انقضت مدة الأجل ، أو زل عنه من له مصلحة فيه من الطرفين (٢) ، فقد أصبح الدين صالحاً للمقاصة (٣) .

ويحل الأجل أيضاً بسقوطه . ويسقط بشهر إفلاس المدين أو شهر إحصاره ، وكذلك إذا ضعفت التأمينات إلى حد كبير أو لم يقدم المدين للدائن ما وعد في العقد بتقديمه من التأمينات (٤ م ٢٧٣ مدنى) . فإذا سقط الأجل للسبين الآخرين — ضعف التأمينات أو عدم تقديم التأمين الموعود به — فقد حل الدين وأصبح صالحاً للمقاصة . أما إذا سقط الأجل بسبب إفلاس المدين أو إحصاره ، فإن الدين يحل أيضاً ، ولكنه لا يكون صالحاً للمقاصة . وذلك أن المدين بعد

(١) ولا يعتبر الرصيد في الحساب الجارى قد حل قبل قطع الحساب ، ومن ثم لا يجوز مقاصة رصيده حساب جار لم يقطع في دين آخر (بلانيرك وريبير ودودان ٧ لفرة ١٢٨٦ ص ١٩٢) .

(٢) استئناف مختلط ٢٣ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ١٧٧ .

(٣) فإذا كان حل المستأجر أجرة لم يحل ، اصطلاح أن يزول من الأجل وهو في مصلحته ، وأن يتمسك بالمقاصة بين دين الأجرة الذى لم يحل ودين له في ذمة المؤجر . ولكن إذا كان المؤجر قد حول الأجرة قبل حلولها إلى محال له ، وذلك قبل أن يزول المستأجر من الأجل ويتمسك بالمقاصة ، فإن المقاصة بمد ذلك لا تقع ، وحل المستأجر أن يدفع الأجرة إلى المحال له ويتقاضى من المؤجر الدين الذى في ذمة (برودى وبارد ٣ فقرة ١٨٢٥) .

وقد يحل الأجل قبل انقضائه بناء على اتفاق سابق ، كما إذا اشترط الدائن على المدين أن يحل جميع الأقساط إذا تأخر المدين في دفع قسط منها . فإذا حلت حل هذا الوجه ، أمكن الدائن أن يقاس بها ديناً في ذمة المدين (استئناف مختلط ٢٠ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٥٠) .

شهر إفلاسه أو لإحصاره يتمتع عليه الوفاء بديونه ، والمقاصة ضرب من الوفاء ، فلا تقع بعد الإفلاس أو الإحصار (١) .

٥٣٨ - الشرط السادس - قابلية كل من الرينين للحجز :

تقرر المادة ٣٦٤ مدنى أن المقاصة لا تقع « إذا كان أحد الدينين حقاً غير قابل للحجز » . فلا بد إذن ، لوقوع المقاصة ، من أن يكون كل من الدينين قابلاً للحجز ، لأن المقاصة وفاء إجبارى ، والحق غير القابل للحجز لا يمكن إجبار صاحبه على رفاة دينه به لعدم قابليته للحجز .

فاذا كان أحد الدينين أو كلاهما غير قابل للحجز ، لم تقع المقاصة . مثل ذلك أن يكون للمدين دين نفقة في ذمة دائته ، فلا يستطيع الدائن أن يتمتع عن دفع دين النفقة لمدينة بدعوى المقاصة بين هذا الدين والدين الذى له في ذمة المدين . ذلك أنه لا يستطيع أن يستوفى حقه من دين النفقة ، وهو دين غير قابل للحجز . كذلك لا يمكن المقاصة بين المرتبات بالقدر غير القابل للحجز ودين مقابل ، كما إذا كان صاحب العمل دائئاً للعامل بما قدمه له من مأكول ولباس وسكنى ونحو ذلك ، فلا يستطيع صاحب العمل أن يتمتع عن دفع القدر غير القابل للحجز من أجرة العامل بدعوى المقاصة بين هذه الأجرة وتلك الديون (٢) .

(١) ولا يكون الدين صالحاً للمقاصة بعد لإدخال التاجر ذمته للحصول على صلح واق (استئناف مخطط ٧ فبراير سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ١٣٦) . ولكن إذا كان الدينان المتقابلان كلا لا يقبل التجزئة ، كما في الحساب الجارى وفى حساب الوصى وفى الحساب ما بين الوكيل والموكل وفى أى حساب آخر ما بين شخصين ، فإن المقاصة تقع حتى بعد إفلاس أحد المدينين : استئناف مخطط ٢٦ نوفمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٤٨ — ٢٥ فبراير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٥٣ . وهذا هو الحكم أيضاً فيما إذا كان الدينان لهما مصدر واحد كعقد ملزم للجانبين : استئناف مخطط ١٢ فبراير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ١٢٢ . وهذا المبدأ هو الذى يسير عليه القضاء الفرنسى (بلاتويل وديبير ودوران ٧ ققرة ١٢٨٧ — ققرة ١٢٨٧ مكررة) . وفى القانون الفرنسى إذا كان الإفلاس يحول دون المقاصة (بودرى وبارد ٣ ققرة ١٨٣٦) ، فإن الإحصار لا يحول (بودرى وبارد ٣ ققرة ١٨٣٧) لأنه لم ينظم كما نظم في التقنين المصرى الجديد .

(٢) بلاتويل وديبير ودوران ٧ ققرة ١٢٨٩ مكررة - ولا تجوز المقاصة بين حق رب المثل في ذمة العامل وحق العامل في التصويض عن إصابات العمل ، لأن قانون إصابات العمل قد -

٢٤ - ما لا يدخل في الشروط

٥٣٩ - **وحدة المصداق بين المدينين ليست بشرط :** رأينا أن الفقرة الأولى من المادة ٣٦٢ مبنى تقرر إمكان المقاصة « ولو اختلف سبب الدينين ». والمقصود بسبب الدين هو مصدره . فتجاوز إذن المقاصة بين دين مصدره عقد ودين مصدره عمل غير مشروع ، كما تجوز المقاصة بين دين مصدره عمل غير مشروع ودين مصدره إثراء بلا سبب ، أو دين مصدره نص في القانون ودين مصدره عمل غير مشروع ، وهكذا ، كل ذلك إذا توافرت شروط المقاصة على الوجه الذي يبيناه .
فالقاعدة العامة أن كل دين توافرت فيه شروط المقاصة تجوز المقاصة فيه ، أيًا كان مصدره ، كما أسلفنا القول . إلا أن هناك ديوناً تنشأ من مصادر معينة لا تجوز المقاصة فيها ، وسنتناولها بالبحث في المطلب التالي .

٥٤٠ - **وحدة مكان الوفاء بين المدينين ليست بشرط - النصوى**
القانونية : تنص المادة ٣٦٣ من التقنين المدنى على ما يأتى :
« يجوز للمدين أن يتمسك بالمقاصة ولو اختلف مكان الوفاء في الدينين ، ولكن يجب عليه في هذه الحالة أن يعرض الدائن عما لحقه من ضرر لعدم تمكنه بسبب المقاصة من استيفاء ما له من حق أو الوفاء بما عليه من دين في المكان الذى عين لذلك (١) » .
ويقابل هذا النص في التقنين المدنى السابق المادة ٢٥٨/١٩٤ (٢) .

= نص في المادة ٢/٨ من علم جواز الحجز على المبالغ المستحقة تمويشاً للعامل المصاب (الأستاذ حلى مراد ٢ ص ٥٣٣ وما بعدها - الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ١٠٨ - ص ١٠٩) .
(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٠١ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٧٦ في المشروع التامى . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٣٦٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٧١ - ص ٢٧٢) .
(٢) التقنين المدنى السابق : م ٢٥٨/١٩٤ : . . . وبشرط أن يكونا واجبى الأداء في عمل واحد .
(ونرى من ذلك أن التقنين المدنى السابق يشترط وحدة مكان الوفاء في الدينين ، خلافاً لتقنين =

ويقابل في التقنيات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٣٦١ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٣٥٠ - ولا مقابل له في التقنين المدني العراقي - ويقابل في تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٢/٣٣٠ (١) .

وبمخلص من هذا النص أنه لا ضرورة ، لوقوع المقاصة ، أن يكون الدينان المتقابلان واجبي الوفاء في مكان واحد (٢) . فاذا فرض أن شخصاً دائن لآخر

المدني الجديد فقد أُلقي هذا الشرط صراحة - ومع ذلك فإن المرجع لمؤلف فقرة ٥٨٩ و٥٩٠ ص ٢ ص ٥٢١ - ص ٥٢٢ ، وانظر آنفاً فقرة ٥٣٢ في الهامش - وإذا سلمنا أن وحدة مكان الوفاء كانت شرطاً في التقنين السابق ، فإن المعية في تطبيق أحكام التقنين الجديد تكون بالوقت الذي تم فيه المقاصة ، أي بالوقت الذي يتلاقى فيه الدينان المتقابلان متوافرة فهما شروط المقاصة . فإن كان هذا الوقت قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ وجب تطبيق أحكام التقنين السابق ، وإلا طبقت أحكام التقنين الجديد فلا تشترط وحدة المكان . حل أنه يلاحظ أن وحدة المكان إذا لم تكن متوافرة قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، ثم استمر الدينان متقابلين بعد هذا التاريخ مع تخلف هذا الشرط ، كان التقنين الجديد هو الذي يسرى ، فلا تشترط وحدة المكان وتقع المقاصة بالرغم من تخلف هذا الشرط . ولكنها لا تقع إلا في ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ وقت سريان التقنين الجديد ، ولا تقع قبل ذلك عند تلاقى الدينين حيث كان التقنين القديم هو الذي يسرى) .

(١) التقنيات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٣٦١ (مطابقة المادة ٣٦٣ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني الليبي م ٣٥٠ (مطابقة المادة ٣٦٣ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي : لا مقابل فيه لنص . ولكنه لم يذكر اتحاد مكان الوفاء ضمن شروط المقاصة ، فيستخلص من ذلك أنه ليس بشرط ، ويتفق التقنين العراقي مع التقنين المصري إذن في هذا الحكم) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٢/٣٣٠ : وليس من الغرورة أن يكون الدينان واجبي الأداء في مكان واحد .

(وحكم التقنين اللبناني يتفق مع حكم التقنين المصري) .

(٢) انظر في هذا المعنى المادة ١٢٩٦ من التقنين المدني الفرنسي ، وتجري على الوجه الآتي : وإذا كان الدينان غير واجبي الوفاء في مكان واحد ، لم يجوز التسلك بالمقاصة إلا بعد حساب مصروفات النقل . وهذا هو النص في أصله الفرنسي : Lorsque les dettes ne sont pas payables au même lieu, on n'en peut opposer la compensation qu'en faisant raison des frais de la remise.

وانظر أيضاً في هذا المعنى المادة ١/٣٩١ من التقنين المدني الألماني والتعليقات على التقنين المدني الألماني جزء أول م ٣٩١ فقرة ٢ - فقرة ٣ .

بألف واجب الدفع في القاهرة ، والآخر دائن للأول بألف واجب الدفع في باريس ، وقد توافرت شروط المقاصة في الدينين ، وتمسك الأول بالمقاصة ، لم يحل اختلاف مكان الوفاء دون وقوعها . غير أن الدائن الآخر الذي كان يجب أن يستوفى حقه في باريس قد حرم من جراء المقاصة ، أن يكون عنده الألف في هذه المدينة ذاتها . فيستطيع ، بالرغم من وقوع المقاصة ، أن يرجع على الأول بمصروفات نقل هذا المبلغ من القاهرة إلى باريس . وإذا فرض أن الآخر هو الذي تمسك بالمقاصة ، وهو مدين بألف في القاهرة ودائن بألف في باريس ، جاز للأول أن يرجع عليه بمصروفات نقل الألف من باريس إلى القاهرة (١) .

المطلب الثاني

الديون التي لا تقع فيها المقاصة

٥٤١ - النص صريحاً في المادة ٣٦٤ من التقنين المدني

على ما يأتي :

« تقع المقاصة في الديون أياً كان مصدرها ، وذلك فيما عدا الأحوال الآتية : »

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيد في هذا الصدد : « ويراعى من جهة أخرى أنه (أى التقنين الجديد) أجازها (أى المقاصة) كذلك ولو اعطفت مكان الوفاء في الدينين . بيد أنه يمتنع حل من يتمسك بالمقاصة في هذه الحالة أن يعرض الدائن لها لحقه من ضرر لعدم تمكنه ، من جراء هذه المقاصة ، من استيفاء ماله من حق ، أو الوفاء بما عليه من دين ، في المكان الذي حدد لذلك . فلو فرض أن أحد الدينين واجب الوفاء في القاهرة ، وأن الدين الآخر واجب الوفاء في باريس ، وأن الدائن الذي اشترط الوفاء في باريس قد تحمل عسارة من جراء عدم استيفائه لحقه في هذه المدينة بسبب المقاصة ، كان لهذا الدائن أن يرجع بتفقات نقل المبلغ إذا كان قد ألجأه إلى ذلك : انظر المادة ١٢٩٦ من التقنين الفرنسي (مجموعة الأعمال التشريعية ٣ ص ٢٧٤ - ص ٢٧٥) .

ويذهب بودرى وبارد إلى أنه كان من الممكن ، من الناحية التشريعية ، عدم اشتراط استحقاق الدينين للأداء ، كما لم تشترط وحدة مكان الوفاء . وإذا كان اختلاف مكان الوفاء أكتفت مواجهته من طريق حساب نفقات النقل ، فقد كان من الممكن كذلك مواجهة اختلاف زمان الوفاء من طريق استئصال ما يقابل الوقت الباقي للاستحقاق من الدين (بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٤٩ ص ١٨٧) .

« (أ) إذا كان أحد الدينين شيئاً نزع دون حق من يد مالكة ، وكان مطلوباً رده » .

« (ب) إذا كان أحد الدينين شيئاً مودعاً أو معاراً عارية استعمال ، وكان مطلوباً رده » .

« (ج) إذا كان أحد الدينين حقاً غير قابل للحجز » (١) .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ٢٥٩/١٩٥ (٢) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية: في التقنين المدني السوري المادة ٣٦٢ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٣٥١ - وفي التقنين المدني العراقي المواد ٤١٠ - ٤١٢ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٣٣١ (٣) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٠٢ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما هذا أن المشروع التمهيدى كان يتضمن عبارة تقضى بعدم جواز وقوع المقاصة أيضاً « عندما يتنازل المدين مقدماً عن المقاصة » . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٣٧٧ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب . وفي لجنة مجلس الشيوخ حلفت عبارة « عندما يتنازل المدين مقدماً عن المقاصة » نظراً لأن « البتة » في معاملاتها مع الأفراد تتمسك في عقودها معهم بالنص على عدم جواز تمسكهم بالمقاصة ، وفي هذا ضرر بالغ بهؤلاء الأفراد ، ويجب أن يضمن مشروع هذا القانون نصاً يمنع النزول مقدماً عن التمسك بالمقاصة » . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدله لجنته تحت رقم ٣٦٤ (مجموعة الأعمال التشريعية ٢ ص ٢٧٣ وص ٢٧٥ - ص ٢٧٦) .

(٢) التقنين المدني السابق : م ٢٥٩/١٩٥ : لا محل للمقاصة إذا كان أحد الدينين غير جائز الحجز عليه ، أو عبارة عن مبلغ مودع أو أعياء مودعة يمكن قيام بعضها مقام بعض . (ولم يورد التقنين المدني السابق ، بين الدينين الذي لا تقع المقاصة فيها ، الشيء المنزوع دون حق من يد مالكة والشيء الممار . فقيماً يتعلق بهذين تكون العبارة بوقت تلاقى الدينين ، فإن كان سابقاً على ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ سرى التقنين السابق تنفع المقاصة ، وإلا سرت أحكام التقنين الجديد فلا تقع) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري : م ٣٦٢ (مطابقة المادة ٣٦٤ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني الليبي : م ٣٥١ (مطابقة المادة ٣٦٤ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٤١٠ : إذا كان للوديع دين على صاحب الوديعة ، والدين والوديعة

من جنس واحد ، أو كان للناصب دين على صاحب العين المنصوبة من جنسها ، فلا تصير -

والنص يمنع المقاصة في ديون ينظر في بعضها إلى مصادرها ، وينظر في بعض آخر إلى طبيعة الدين وهي عدم القابلية للحجز . وقد فصلنا هذه الحالة عن بقية الحالات ، وألحقناها بما يجب أن يتوافر من الشروط لإمكان وقوع المقاصة فيما قدمناه . فلم تبين إلا الحالتان اللتان فيهما ينظر القانون إلى مصدر الدين . فتارة يراه اعتداء من المدين لا يصح تشجيعه فيمنع المقاصة ، وهذه هي حالة نزاع الشيء دون حق من يد مالكة . وطوراً يراه لاختلالاً بواجب الأمانة والثقة اللتين وضعهما الدائن في المدين بحيث يكون إمكان المقاصة متعارضاً مع هذا الواجب ، وهذه هي حالة ما إذا كان مصدر الدين ودعية أو عارية استعمال (١) . فتتكمّل في هاتين الحالتين (٧) .

٥٤٢ - أهدأ المدينين شيء نزع دونه هو من يد مالكة: والصورة العملية لهذه الحالة أن يكون للدائن دين محله نقود أو مثليات كقطع أو قح ،

= الردعية أو العين المصيرية قصاصاً بالدين ، إلا إذا تقاضى الطرفان بالتراضي .
م ٤١١ : إذا أثلّف الدائن شيئاً من مال المدين ، وكانت من جنس الدين ، سقطت قصاصاً ، وإن كانت خلاله فلا تقع المقاصة دون تراضيهما .

م ٤١٢ : إذا كان الكفيل المهروم من حق التجريد دين على الدائن المكفول له من جنس الدين المكفول به ، فالدينان يلتقيان قصاصاً من غير وضاحا . وإن كانت من غير جنس الدين المكفول به ، فلا يلتقيان قصاصاً إلا بتراضى الدائن المكفول له مع الكفيل لأبع المدين .
(والتقتين العراقي يورد حالتي النصب والردعية ، ويفضل حالة المارية . وأما التعميؤس من التلف ، فقد أجرى عليه حكم القواعد العامة . وخالف التقتين المصري في المقاصة القانونية التي تقع بين دين الكفيل والدين المكفول به) .

تقتين الموجبات والعقود البنائي م ٣٣٩ : تجرى المقاصة أية كانت أسباب أحد الدينين ، فيما خلا الأحوال الآتية : ١ - عند المطالبة برد شيء نزع بلاحق من يد مالكة . - ٢ عند المطالبة برد ودعية أو عارية استعمال . ٣ - إذا كان هناك دين غير قابل للحجز . ٤ - إذا عدل المدين مقدماً من المقاصة .

(وهذه الأحكام متفقة مع أحكام التقتين المصري ، فيما عدا أن التقتين البنائي يجبر للتزول مقدماً من المقاصة كما كان يفعل المشروع التمهيدى للتقتين المصري) .

(١) المذاكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التصديرية ٣ ص ٢٧٤ .
(٢) أما التقتين الملقى الألماني فلم يورد إلا حالة واحدة لا تجوز فيها المقاصة ، هي أن يكون مصدر الدين حلاً غير مشروع ارتكبه عبداً ، فلا يجوز للمدين في هذا العمل أن يقاض دعيته هذا بدين له في ذمة المضرورة : انظر التعليقات على التقتين الملقى الألماني جزء أول م ٣٩٣ .

ويمتنع المدين عن وفاء دينه في ميعاد استحقاقه ، فيعتمد الدائن ، بدلا من أن يقاضي المدين ويطالبه بحقه ، إلى أن ينتزع منه ما يماثل دينه من النقود أو المثلثات ، قاصداً بذلك أن يستوفي حقه بيده . ولا شك في أن انتزاع الشيء عنوة من يد المدين دون رضائه لا يعتبر وفاء (١) ، ويصبح الدائن مديناً ، بموجب العمل غير المشروع ، برد النقود أو المثلثات التي انتزعها . ولما كانت هذه معادلة لدينه ، فقد كانت القواعد العامة تقضي بأن تقع فيها المقاصة مع الدين الذي له في ذمة المدين (٢) . ولكن القانون منع المقاصة هنا ، إمعاناً منه في الضرب على أيدي الدائنين الذين ينتزعون حقوقهم بأيديهم من مدينهم وكان الواجب عليهم أن يلجأوا إلى القضاء .

وانتزع الدائن الشيء دون حق من يد المالك يتم بطرق مختلفة . فقد يكون بطريق السرقة خفية ، أو بطريق النصب ، أو بطريق خيانة الأمانة ، وهذه كلها جرائم معاقب عليها . وقد يتم لا بطريق جريمة معاقب عليها ، ولكن بطريق عمل غير مشروع يرتب الالتزام بالرد ، وذلك بأن يقتصب الدائن من مدينه الشيء ، لا خفية ولا نصباً ولا تبديلاً ، ولكن عنوة . وقد يخبره

(١) وقد ورد في المادة ٣٩١ من التقنين المدني العراقي : « رب الدين إذا ظفر مرصفاً بجلس حقه من مال مدينه وهو على صلته ، فله الاحتفاظ به » . وقد اعتبر القانون هنا ظفر الدائن مرصفاً بجلس حقه من مال مدينه وفاء ، لأن الدائن لم يستول عليه عنوة ولم ينتزعه اختصافاً ، بل ظفر به مرصفاً .

(٢) ويلاحظ يودرى ويارد إلى أن القواعد العامة لا تقضي في هذه الحالة بوقوع المقاصة ، إلا إذا انتزع الدائن من مدينه نقوداً استهلك أو اغتسلت بمال الدائن فأصبحت ديناً في ذمته ، أما إذا انتزع نقوداً لم تستهلك ولم تختلط بماله فاحتفظت بذاتيها ، أو انتزع مثليات ، فقد تعينت وأصبحت بانتزاعها عيناً معينة بالذات ، فتمتنع المقاصة بموجب القواعد العامة دون حاجة إلى نص خاص ، لأن الدين المدينه بالذات لا تمكن المقاصة فيها . وإذا استهلك الدائن المثلثات غير النقود التي انتزعها من مدينه ، فإنه لا يستطع أيضاً أن يتمسك ، في التعويض الذي يترتب في ذمته ، بالمقاصة ، لأن التعويض يكون في هذه الحالة ديناً غير معلوم المقدار ، فتمتنع المقاصة طبقاً للقواعد العامة دون حاجة إلى نص خاص (يودرى ويارد ٣ فقرة ١٨٥٤ - وانظر أيضاً : ديولومب ٢٨ فقرة ٥٨٨ و ٥٩٠ - لوران ١٨ فقرة ٤٤٥ - هيك ٨ فقرة ١٥٩) .

وهو يقتصب الشيء أنه إنما يستوفى به حقه ، ذلك أن الاستيفاء لا يكون عن طريق التصب (١) .

٥٤٣ — أهدار الدينين متى مودع أو معار عامية استعمال : وهذه

حالة نادرة الحصول في العمل ، نقلها التقنين المدني الفرنسي عن دوما وبوتييه في القانون الفرنسي القديم (٢) ، ثم نقلها عن التقنين المدني الفرنسي التقنين المدني المصري (٣) .

وصورة الوديعة ، كما يمكن أن تقع في العمل ، هي أن يودع المدين عند دائته نقوداً لا يأذن له في استعمالها (م ٧٢٦ مدني) وهذا ما يسمى بالوديعة الناقصة (dépôt irrégulier) ويكون دين الدائن في ذمة مدينه نقوداً أيضاً ، فتتوافر شروط المقاصة بين هذا الدين والدين الذي في ذمة الدائن لمدينه من رد الوديعة . فلا يجوز للدائن ، بالرغم من توافر شروط المقاصة ، أن يتمسك بها فيمتنع عن رد الوديعة . ذلك أن المدين قد ائتمنه على وديعته ووضع ثقته فيه ، فلا يجوز الإخلال بهذه الثقة ولو عن طريق التمسك بالمقاصة (٤) . وإنما يجب على الدائن أن يرد الوديعة للمدين ، ثم يطالبه بعد ذلك بالدين الذي في ذمته (٥) . ويمكن أيضاً أن تتحقق صورة الوديعة ، حتى لو كانت وديعة كاملة ، في الفرض الآتي : يودع المدين عند دائته عيناً معينة بالذات ، فتهلك بتقصير من الدائن ، فيكون الدائن مديناً بالتعويض لمدينه ، ويقلر هذا التعويض اتفاقاً أو قضاء . فهذا الفرض يتسع له النص إذ يقول : « إذا كان أحد الشئتين شيئاً مودعاً .

(١) لا رومبير ٥ م ١٢٩٣ فقرة ٢ — ديمولوب ٢٨ فقرة ٢٨٩ — لوران ١٨ فقرة ٤٤٤ — بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٥٣ .

(٢) بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٥٦ من ١٩٦ — من ١٩٧ .

(٣) وكان التقنين المدني السابق ، كما رأينا ، قد اقتصر في نقلها على الوديعة دون العامية .

والوديعة وحدها هي التي تكلم فيها بوتيه ، ودوما هو الذي تكلم في العامية .

(٤) استئناف مختلط ٣ مارس سنة ١٩٢٧ م ٣٩ من ٣٠٢ — المنصورة ٢١ ديسمبر سنة ١٩٢٧ المخامة ١٩ رقم ٥٤٠ من ١٤٤٨ . وقد تكون الوديعة أسهماً أو سندات فلا يجوز فيها المقاصة (استئناف وطني ٤ مايو سنة ١٩٠٩ الحقوق ٢٤ من ١٧٧) .

(٥) بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٥٦ من ١٩٤ .

وكان مطلوباً رده ، ، فان مطالبة المدين للدائن بالتعويض عن هلاك الوديعة تدخل في المطالبة بالرد . فاذا تم الأمر على هذا الوجه كانت شروط المقاصة متوافرة ، وبالرغم من توافرها لا يجوز للدائن أن يتمسك بها لأن أحد الدينين وهو التعويض مصلوه عقد وديعة (١) .

أما العارية فهي أصعب تصوراً من الوديعة . ولا بد أن نفرض أن المدين بمبلغ من النقود قد أعاره عيناً معينة بالذات لأن المثليات لا تعاريل تقرض — فهلكت بتقصير من الدائن ، فأصبح مسئولاً عن التعويض . ثم قلدر هذا التعويض اتفاقاً أو قضاء ، وأصبحت شروط المقاصة متوافرة ما بين الدين الذي في ذمة المدين للدائن والتعويض الذي في ذمة الدائن للمدين . وبالرغم من توافر شروط المقاصة لا يجوز للدائن أن يتمسك بها ، وليس له أن يمتنع عن دفع التعويض للمعير . ذلك أن المعير قد ائتمنه على الشيء المعار ، بل نزل له عن منفعته دون أجر ، فلا يكون جزاءه على ذلك أن يمتنع المستعير عن دفع التعويض المستحق ولو عن طريق التمسك بالمقاصة . فعلى المستعير أن يدفع التعويض للمعير ، ثم يطالبه بعد ذلك بالدين الذي له في ذمته .

وغنى عن البيان أن النص مقصور على عقدي الوديعة والعارية ، فلا يتعلق إلى غيرهما من العقود كمعقد الوكالة مثلاً (٢) .

(١) قارن بودى وبارد ٣ فقرة ١٨٥٦ ص ١٩٥ — ص ١٩٦ .

(٢) فإذا سلم الوكيل نقوداً لحساب الموكل ، وقضت المقاصة ، إذا توافرت شروطها ، بين هذه النقود وبين ما قد يكون الوكيل في ذمة الموكل من دين يتعلق بالمصروفات التي أنفقها في تنفيذ الوكالة (بودى وبارد ٣ فقرة ١٨٥٦ مكررة أولاً) .

المبحث الثاني

كيف يكون إعمال المقاصة وما هي الآثار التي تترتب عليها

المطلب الأول

كيف يكون إعمال المقاصة

٥٤٤ - **النصوص القانونية :** تنص الفقرة الأولى من المادة ٣٦٥

من التقنين المدني على ما يأتي :

« لا تقع المقاصة إلا إذا تمسك بها من له مصلحة فيها ، ولا يجوز النزول عنها قبل ثبوت الحق فيها (١) » .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ٢٥٦/١٩٢ (٢) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في العبارة الأولى من المادة ٥٠٣ من المشروع النهائي ونصها كالآتي : « لا تقع المقاصة إلا إذا طلبها من له مصلحة فيها » . وفي لجنة المراجعة عدل النص على الوجه الآتي : « لا تقع المقاصة إلا إذا تمسك بها من له مصلحة فيها » ، وأصبح رقم المادة ٣٧٨ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب . وفي لجنة مجلس الشيوخ عدل النص أولاً على النحو الآتي : « لا يقضى بوقوع المقاصة إلا إذا تمسك بها من له مصلحة فيها » ، ولا يجوز النزول عنها قبل ثبوت الحق فيها » ، وذلك « إبرازاً لمضى النصارف النص إلى حالة التمسك بالمقاصة أمام القضاء » . وقد رأت اللجنة . . أن المقاصة طريق من طرق الاستيفاء ، ومن الخير ألا يتنازل صاحب الحق عنه إلا بعد تربيته » . ثم عدل النص بعد ذلك في اللجنة نفسها على النحو الذي استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وأعيدت عبارة « لا تقع المقاصة » بدلاً من عبارة « لا يقضى بوقوع المقاصة » ليكون الحكم مطلقاً لا يرتبط بالتقاضي ، وقد تقع المقاصة خارج دائرة التقاضي » ، وأصبحت المادة رقمها ٣٦٥ . ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٧٧ - ص ٢٨١) .

(٢) التقنين المدني السابق م ٢٥٦/١٩٢ : المقاصة هي نوع من وفاء الدين يحصل حتماً بدون علم المتعاملين إذا كان كل منهما دائناً ومديناً للآخر .

(وهذا الحكم يتفق مع حكم التقنين الجديد ، إذ كان العمل جارياً في عهد التقنين السابق على وجوب التمسك بالمقاصة : الموجز للمؤلف فقرة ٥٩١) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى: في التقنين المدني السوري المادة ١/٣٦٣ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ١/٣٥٢ - وفي التقنين المدني العراقي المادة ٤١٣ - وفي تقنين الموجبات والعقود البنائي العبارة الأخيرة من المادة ٣٣١ والعبارة الأولى من المادة ٣٣٢ (١) .

وهذا النص يعالج مسألتين: (أولاً) أن المقاصة لا تقع إلا إذا تمسك بها من له الحق فيها . (ثانياً) وأنه لا يجوز الزول عنها إلا بعد ثبوت الحق فيها .

٥٤٥ - وجوب التمسك بالمقاصة : لا تزال المقاصة قانونية في التقنين المدني الجديد ، كما كانت في التقنين المدني السابق ، وكما هي في التقنينات اللاتينية وبخاصة التقنين المدني الفرنسي . فهي ليست مقاصة قضائية كما كان الأمر في القانون الروماني ، ولا هي مقاصة تقع باعلان عن الإرادة كما هو الأمر في التقنينات الجرمانية . وقد بسطنا الفروق الجوهرية التي تميز المقاصة القانونية في القوانين اللاتينية عن المقاصة باعلان عن الإرادة القوانين الجرمانية (٢) . ولكن التقنين المدني الجديد أوجب على ذي المصلحة في المقاصة أن

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ١/٣٦٣ (مطابقة للمادة ١/٣٦٥ من التقنين المدني المصري) .
التقنين المدني الليبي م ١/٣٥٢ (مطابقة للمادة ١/٣٦٥ من التقنين المدني المصري) .
التقنين المدني العراقي م ٤١٣ : تقع المقاصة بقدرة الأقل من الدينين ، ولا تقع إلا إذا تمسك بها من له مصلحة فيها .

(ويطلق هذا الحكم مع حكم التقنين المصري . ولم يذكر التقنين العراقي ، كما ذكر التقنين المصري ، أنه لا يجوز الزول من المقاصة قبل ثبوت الحق فيها . فيجوز القول في القانون العراقي أنه يجوز الزول من المقاصة قبل ثبوت الحق فيها تبعاً للرأي السائد في الفقه الفرنسي : انظر الأستاذ حسن الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ٣٥٩) .

تقنين الموجبات والعقود البنائي م ٣٣١ : تجري المقاصة...فيما خلا الأحوال الآتية:...

٤ - إذا عدل المدينون مقدماً عن المقاصة .

م ٣٣٢ : لا تجري المقاصة سحياً ، بل بناء على طلب أحد الفريقين .

(والحكم متفق مع حكم التقنين المصري ، فيما عد أنه يجوز في التقنين البنائي الزول مقدماً من المقاصة وذلك بصريح النص) .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٥٧٨ .

يتمسك بها (١). والتمسك بالمقاصة هنا ليس هو إعلان الإرادة في إجراء المقاصة كما رأينا ذلك في التقنيات الجرمانية ، بل إن المقاصة تقع بحكم القانون لا بإعلان عن الإرادة ، وتقع بمجرد تلاقى الدينين ولو من غير علم أصحاب الشأن . ووجوب التمسك بالمقاصة قصد به رفع شبهة ، إذ أراد التقنين الجديد أن يؤكد أن المقاصة ليست من النظام العام بل هي مقررة لمصلحة الطرفين ، وأن القاضي لا يجوز له أن يقضى بها من تلقاء نفسه حتى لو علم بوقوعها وإنما يجب على ذى المصلحة أن يتمسك بها (٢). فإذا لم يتمسك بها صاحب المصلحة مع علمه بوقوعها ، أمكن تأويل ذلك على أنه قد نزل عنها بعد ثبوتها ، وهذا جائز كما سنرى .

والتمسك بالمقاصة يصح في أية حالة كانت عليها الدعوى ، ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف (٣). بل يصح التمسك بالمقاصة حتى بعد صدور حكم نهائي ،

(١) دى باج ٣ فقرة ٦١٩ - وهو المصلحة في المقاصة هو أحد المدينين . وقد يكون مدينين متضامين يتمسك بمقاصة تمت بين البائن ومدين متضامن آخر ، أو كليهما يتمسك بمقاصة تمت بين المدين والدائن (انظر الأستاذ اسماعيل خاتم في أحكام الالتزام فقرة ٢٩١) .

(٢) وهذا هو الذي يميز التقنين الملقى الجديد عن القوانين اللاتينية . ففى هذه القوانين تقع المقاصة أيضاً بحكم للقانون ، وبمجرد تلاقى الدينين ، وبغير علم من ذى المصلحة ، بل وعلى الخسار أن يلجأ القاضي إلى وجوب تقرير وقوعها لأن القاضي لا يعلم بوقوعها في أغلب الأحيان فيجب تلجئه إلى ذلك . ولكن - وهنا تفرق القوانين اللاتينية عن التقنين المصرى الجديد - إذا علم القاضي عرضاً بوقوع المقاصة ، كان وقف حل ذلك من واقع ملف الدعوى والمستندات ، حكم من تلقاء نفسه بوقوعها في القوانين اللاتينية (ديمولوب ٢٨ فقرة ٦٤٣ - لوران ١٨ فقرة ٣٨١ - بودى وبارد ٣ فقرة ١٨٩١) ، أما في التقنين المصرى الجديد فالنص صريح في أنه لا يجوز لقاضي أن يحكم بوقوع المقاصة من تلقاء نفسه بل لا بد من التمسك بها . حل أن هناك رأياً في الفقه الفرنسى يلجأ هو أيضاً إلى وجوب التمسك بالمقاصة وإل إنه لا يجوز لقاضي أن يحكم بها من تلقاء نفسه (يلانول وديبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٠٥٤ - كولان وكايتان ٢ فقرة ٥٦٢ - جوسران ٢ فقرة ٩٣٦ ص ٤٩٧ - أنيكلويدي دالوز ١ لفظ compensation فقرة ٧) .

(٣) استئناف مخطوط ١١ يناير سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٧٥ - ٨ أبريل سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢١٩ - أوروى ورو ٤ فقرة ٣٢٨ ص ٣٥٤ - ص ٣٥٥ - دى باج ٣ فقرة ٦١٨ ص ٥٩٤ - بودى وبارد ٣ فقرة ١٦٨٢ - ولكن لا يجوز التمسك بالمقاصة لأول مرة أمام محكمة النقض (أنيكلويدي دالوز ١ لفظ compensation فقرة ١٠) .

وفي أثناء إجراءات التنفيذ (١). ذلك أن المقاصة تجمع بحكم القانون (٢) كما قدمنا دون حاجة إلى إعلان عن الإرادة ، وتمسك بها ليس إلا إعلاناً للقاضي أن ذا المصلحة فيها يطلب الحكم بوقوعها ، إذ القاضي من جهة لا يستطيع أن يحكم بوقوع المقاصة من تلقاء نفسه ، وإغفال الخصم التمسك بها قد يؤول من جهة أخرى على أنه قد نزل عنها بعد ثبوتها (٣).

(١) ويطلب الخصم وقف إجراءات التنفيذ حتى يحكم قاضي الموضوع في وقوع المقاصة (استئناف مخطط ١٧ مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٢٨٩ - أنسيلويلى دالوز ١ لفظ compensation فقرة ١٣) ، وذلك حتى لو لم تقع المقاصة إلا بعد صدور الحكم النهائي (استئناف مخطط ٢٤ مايو سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢١٩). وصنوع حكم نهائي بالدين لا يتعارض مع التمسك بعد ذلك بالمقاصة ، فالمطلوب من المدين أن يوفى الدين المحكوم به تنفيذاً للحكم النهائي ، ووفاء الدين قد يكون عن طريق المقاصة به في دين آخر ولو كان هذا الدين لاحقاً للحكم النهائي ، فتصير المقاصة في حكم الوفاء من حيث تنفيذ الحكم (بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٦٣) . (٢) أما حكم القاضي فليس إلا كاشفاً عن وقوع المقاصة . على أنه لو كان الدين متنازلاً فيه ، تم حسم النزاع بحكم ، وتمسك ذو الشأن بالمقاصة القانونية ، احتجرت المقاصة واقعة من وقت حسم النزاع . (أنظر ما على فقرة ٥٥١ - وقارن استئناف مخطط أول أبريل سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ١١٦ - ١٣ فبراير سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ٤٩) .

(٣) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيلي : « لم يقرر المشروع مذهب التقنين الألماني (م ٣٨٨) في وقوع المقاصة بمقتضى إعلان يصدر من جانب واحد ، بل التزم على لقيض ذلك التصور اللاتيني في ترتيب أثرها بحكم القانون . وكل ما هناك أنه نص على وجوب طلبها ، تأكيداً لنفي ارتباطها بالنظام العام أو تفويض القضاء سلطة الحكم بها من تلقاء نفسه . ويرامى أن هذا الطلب لا يختلف عن الإعلان الذي يطلبه التقنين الألماني من حيث الشكل فحسب ، بل وكذلك من حيث الآثار . فلو فرض أن طلب المقاصة أفرغ في صورة إعلان صدر في غير مجلس القضاء ، فلا يكون من أثر ذلك نحو الفوارق الجوهرية بين المذهب الجرماني والمذهب اللاتيني في هذا الصدد . فإذا وفي أحد الطرفين عند تلاقى الدينين ، فالظاهر وفقاً للمذهب الجرماني أن الإعلان بالمقاصة يصبح معتماً ويكون الوفاء صحيحاً ، في حين أن الوفاء في هذه الحالة يعتبر وفقاً للمذهب اللاتيني وفاء بدين تم انقضاؤه ويكون للموثق المطالبة برد ما آداء : تعليقات على التقنين الألماني جز أول ص ٥٤٢ » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٨٢) .

وجاء أيضاً في مكان آخر : « يختلف مذهب التقنينات اللاتينية عن مذهب التقنينات الجرمانية فيما يتعلق بالمقاصة . فالمقاصة القانونية تقع ، وفقاً للمذهب التقنينات اللاتينية ، بحكم القانون وبمقتضى هذا الحكم وحده ولو كان المدين غير عالم بأمرها : المادة ١٢٩٠ من التقنين الفرنسي وانظر كذلك المادة ١٩٢/٢٥٦ من التقنين المصري . أما التقنينات الجرمانية فلا تتم فيها المقاصة بحكم القانون ، بل بمقتضى تعبير عن الإرادة يصدر من جانب واحد : المادة ٣٨٨ من التقنين الألماني . على أن اختلاف هذين المذهبين فيما يتعلق بالقاعدة العامة لا يلبث أن يتفاهل إلى حد =

بل ويمكن التمسك بالمقاصة خارج مجلس القضاء ، ولا يعتبر هذا التمسك تصرفاً قانونياً كما في القوانين الجرمانية ، إنما هو إشعار للطرف الآخر بوقوع المقاصة (١).

٥٤٦ - **جواز النزول عن المقاصة بعد ثبوت الحق فيها** : قلنا إن المقاصة ليست من النظام العام ، بل هي مقررة لمصلحة الطرفين . فيجوز إذن لمن تقررت لمصلحته أن ينزل عنها بعد ثبوت حقه فيها (٢).

والذي ينزل عن المقاصة هو ذو المصلحة فيها . وقد يكون نزوله عنها ضمناً ، ويكون ذلك عادة بعدم التمسك بها مع علمه بوقوعها . فهو ، دون أن يذكر شيئاً عن الدين الذي له في ذمة دائنه ، ينصرف إلى دفع مطالبة الدائن بدفوع غير المقاصة ، أو يقر بحق الدائن دون أن يتمسك بالمقاصة . ويعتبر نزولاً ضمناً عن المقاصة وفاء المدين طوعاً بحق الدائن ، كما يعتبر نزولاً ضمناً أن يكون

= بعد عند مواجهة التفاصيل ، فيراعى من ناحية أن التقنيات اللاتينية تستلزم طلب المقاصة ، وهي بهذا تحمّ صدور تعبير عن الإرادة كما هو الشأن في التقنيات الجرمانية . ويراعى من ناحية أخرى أن التقنيات الجرمانية تستند أثر التعبير عن الإرادة ، فينتفىض الدينان المتقابلان بالمقاصة من وقت توافر شروط انقضاء بالتسوية لها كما هي الحال في التقنيات اللاتينية . وقد اختار المشروح مذهب التقنيات اللاتينية ، إلا أنه تحاشى التعبير مدخلاً للشك في طبيعة المقاصة ، فضلاً عن مجانيته للصحة . والمدعين ، والحق أن في هذا التعبير مدخلاً للشك في طبيعة المقاصة ، فضلاً عن مجانيته للصحة . ذلك أن المقاصة ليست من النظام العام ، وليس للقاضي أن يحكم بها من تلقاء نفسه . وإزاء هذا احتل مقال المشروح الفرنسي الإبطال ، ونص على أن المقاصة لا تنفع إلا إذا طلبها من له مصلحة فيها (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٦٦) .

(١) انظر تاريخ نص المادة ٣٦٥ آنفاً فقرة ٥٤٤ في الهامش - وانظر الأستاذ عبد الحى حجازي ٣ ص ١١١ .

(٢) استثناف مصر ٨ نوفمبر سنة ١٩٣٩ المجموعة الرسمية ٤١ رقم ٨٣ - سوى القانون الفرنسي ، كما سعى ، بجواز النزول عن المقاصة بعد ثبوت الحق فيها وقبل ثبوت هذا الحق . والنزول بعد ثبوت الحق أشد إشكالا ، في نظر الفقه الفرنسي ، من النزول قبل ثبوته . ذلك أن المقاصة بعد ثبوت الحق ، تكون قد قضت الدينين من وقت تلاقيهما بحكم القانون ، فكيف يمكن بعد ذلك النزول عن المقاصة وعودة الدينين بعد انقضائهما ! (انظر في هذا المعنى ييدان ولاجارد ٩ فقرة ١٠٥٠) .

الدين حالا فيقبل الدائن إضافته إلى أجل فينزل بذلك عن مقاصته في دين عليه لمدينته (١) .

والنزول عن المقاصة لا يفترض ، فمجرد سكوت المدين عن التمسك بها لا يفيد حتماً النزول عنها ، بل له كما قلنا أن يتمسك بها في أية حالة كانت عليها الدعوى ولو أمام محكمة الاستئناف . ومجرد مطالبة الدائن المدين بالدين لا يتضمن حتماً نزول هذا الدائن عن حقه في مقاصة هذا الدين بدين في ذمته لمدينه ، ما دام لم يستوف حقه فعلا من المدين . كذلك يجب تفسير النزول عن المقاصة في أضيق الحدود ، فمن استوفى جزءاً من حقه لا يعد متنازلاً عن المقاصة بباقي حقه في دين عليه لمدينه (٢) .

ومتى نزل صاحب المصلحة في المقاصة عن حقه التمسك بها (٣) ، فإن له أن يتقاضى حقه من مدينه كاملاً ، وعليه أن يؤدي الدين الذي في ذمته لهذا المدين . فبعد أن كانت المقاصة قد قضت الدينين معاً منذ تلاقيهما ، فإن النزول عن المقاصة يعيد الدينين إلى الوجود بما كان لهما من تأمينات ، وذلك دون إضرار بحقوق الغير . فلو أن أحد الدينين كان مضموناً بكفيل شخصي أو كفيل عيني ، فانقضت الكفالة بالمقاصة ، ثم نزل المدين في هذا الدين عن التمسك بالمقاصة ، فإن الدين يعود ، ولكن لا تعود الكفالة . ذلك أن الكفيل كان قد تخلص من الكفالة منذ أن انقضى الدين بالمقاصة ، فلا يضار بنزول المدين عن مقاصة الدين المكفول (٤) .

أما قبل ثبوت الحق في المقاصة - أي قبل توافر شروطها أو قبل تلاق

(١) وكل طلب يتقدم به المدين ، أو دفع يتمسك به ، ويكون متعارضاً مع وقوع المقاصة ، يمكن احبارة نزولاً ضمنياً من التمسك بها (استئناف مخطوط ١٣ فبراير سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ٤٩) .

(٢) بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٦٧ ص ٢٠٩ .

(٣) وقد ينزل أحد المدينين عن المقاصة ولكن يتمسك بها المدين الآخر ، فتقع المقاصة بالرغم من نزول المدين الأول عنها . فيمكن إذن لوقوع المقاصة أن يتمسك بها أحد المدينين ، وإذا أريد للمقاصة ألا تقع وجب أن ينزل عنها المدينان معاً .

(٤) والنزول عن المقاصة يقطع سريان التقادم ، لأنه يكون بمثابة إقرار بالدين ، فيعود الدين ويسرى في حقه تقادم جديد (بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٦٨ ص ٢١٠) .

الدينين — فانه لا يجوز للى الشأن أن ينزل مقلماً عن الحق في التمسك بها ، لأن هذا الحق لم يثبت بعد حتى يمكن النزول عنه . كذلك لا يصح للمدين ، وقت أن يعقد الدين ، أن ينزل مقلماً عن جواز انقضاء هذا الدين بالمقاصة . وعدم جواز النزول مقلماً عن المقاصة حكم ورد صريحاً في الفقرة الأولى من المادة ٣٦٥ مدني ، فقد رأيناها تقضى بأنه لا يجوز النزول عن التمسك بالمقاصة قبل ثبوت الحق فيها . أما في فرنسا فلا يوجد نص مقابل للنص المتقدم الذكر ، ومن ثم يمنح أكثر الفقهاء إلى القول بجواز النزول عن المقاصة قبل ثبوت الحق فيها (١) . ويوجه الحكم الذي أخذ به التقنين المصري ، من عدم جواز النزول مقلماً عن المقاصة ، أن المقاصة شرعت لتحقيق أغراض جوهرية ، فهي وفاة إجباري مبسط ، وهي في الوقت ذاته تأمين للدين . فلا يجوز تفويت هذه الأغراض الهامة بالنزول مقلماً عن المقاصة ، ولما أصبح النزول شرطاً مألوفاً في التعامل (clause de style) . ثم إن الواجب ألا يصح النزول إلا عند ثبوت الحق في المقاصة ، حتى يتبين من ينزل عن حقه موقعه ، فينزل وهو على بصيرة من أمره (٢) .

(١) انظر في هذا المعنى ماركاديه ٤ فقرة ٨٣٣ — كولييه دى سانتير ٥ فقرة ٢٤١ مكررة ثالثاً — أوبري ورو ٤ فقرة ٣٢٧ ص ٣٥٢ وحامش رقم ٨ — لارومير ٥ م ١٢٩٥ فقرة ١ — ديولوب ٢٨ فقرة ٦٠٤ . وانظر أيضاً المادة ٣٣١ من تقنين الموجبات والمقود الليناي ، وهي تصرح بجواز النزول مقلماً عن المقاصة (أنظر آنفاً فقرة ٥٤١ في الحامش) . وانظر حكس هذا الرأي فلا يجوز للنزول مقلماً عن المقاصة : تولىيه ٧ فقرة ٣٠٣ — لوران ١٨ فقرة ٤٥٦ .

وإذا أجزنا النزول مقلماً عن المقاصة ، أمكن التبر للمم بذلك ، فيكون النزول ساريا في حقه . وهذا بخلاف النزول عن المقاصة بعد ثبوت الحق فيها ، فقد قلنا أن هذا النزول لا يفسار به التبر ولا يكون ساريا في حقه (يودري وبارد ٣ فقرة ١٨٨١ ص ٢٢٠) .

(٢) وقد ورد في الأعمال التحضيرية تمليلان لعدم جواز النزول عن المقاصة قبل ثبوتها ، كلاهما ذكر في لجنة مجلس الشيوخ : ١ - « لقفضاء حل محاولة الدائنين التحكم في المدين عند نشوء الدين الحصول مقلماً على الرضاء بالتنازل من هذا الحق » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٧٨) . ٢ - « وقد راحت اللجنة أن المقاصة طريق من طرق الاستيفاء ، ومن التبر ألا يتنازل صاحب الحق عنه إلا بعد ترتيبه » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٧٩) . وقد قلنا أن المشروع انتهى إلى كان يتضمن نصاً يقضى بعدم جواز المقاصة متعلما يتنازل المدين مقلماً عنها ، فتمسكت لجنة مجلس الشيوخ هذا الحكم ، ولم تجز التنازل عن المقاصة قبل ثبوت الحق فيها ، نظراً لأن « البنوك في معاملاتها مع الأفراد تتمسك في عقودها معهم بالنص على عدم -

٥٤٧ - حالة من حالات النزول الضمني عن المقاصد بعد تبويبها -

نص قانوني : وهناك حالة من حالات النزول الضمني عن المقاصد بعد ثبوت الحق فيها ، ورد في شأنها نص خاص في التقنين المدني هو المادة ٣٦٩ ، وتجري على الوجه الآتي : « إذا وفي المدين ديناً وكان له أن يطلب المقاصة فيه بحق له ، فلا يجوز أن يتمسك إضراراً بالغير بالتأمينات التي تكفل حقه ، إلا إذا كان يجهل وجود هذا الحق (١) » . وهذا النص يفرض أن المدين وفي دينه للدائن ، بالرغم من وجود حق له في ذمة الدائن كان من الممكن أن يقاوم به دينه فلم يفعل . وهنا يجب التمييز بين حالتين :

أولاً - حالة ما إذا كان المدين وهو يدفع دينه يعلم بوجود حق له يمكن أن

= جواز تمسكهم بالمقاصة ، وفي هذا ضرر بالغ بهؤلاء الأفراد » (انظر تاريخ المادة ٣٦٤ آنفاً بقرة ٤١١ في الهامش) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٠٧ من المشروع التمهيدى على جه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما هنا أن المشروع التمهيدى اشتمل في آخر النص على عبارة « وكان له في ذلك حذر مقبول » . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٢٨٢ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب . وفي لجنة مجلس الشيوخ حذفت عبارة « وكان له في ذلك حذر مقبول » ، اكتفاء بواقعة جهل المدين لوجود حقه ، وحسباً للمنازعات التي نشأت عن تقدير ما يعتبر مقبولا أو غير مقبول من الأخطار ، وترك أمر الإثبات للقواعد العامة . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها لجنته تحت رقم ٣٦٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٨٩ - ٢٩٠) .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ٢٦٢/١٩٨ - وكانت تجري على الوجه الآتي : « إذا أجمع صفتا دائن ومدين في شخص واحد ، ودفع ما عليه من الدين بغير التفات إلى المقاصة المستحقة له ، ثم طالب بماله من الدين ، وكان لادئته كفلاء فيه أو شركاء متضامون أو مدانيون متأخرون من المطالب المذكور في درجة الامتياز أو الرهن أو مالك لمنقول مرهون تأمينا على الدين المطالب به ، فلكل واحد من هؤلاء التمسك عليه بالمقاصة التي لم يلفت إليها ، إلا إذا كان له حذر صحيح منته وقت الوفاء من العلم بوجود دينه الذي كانت يمكن به المقاصة » . والحكم في هذا النص لا يختلف عن الحكم في نص التقنين الجديد .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٣٦٧ (وهي مطابقة) - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٣٥٦ (وهي مطابقة) - وفي التقنين المدني العراقي المادة ١١٦ (وهي مطابقة مع إضافة عبارة « وكان له في ذلك حذر مقبول » التي كانت وارادة في المشروع التمهيدى للتقنين المصري) - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني لا يوجد نص مقابل ، فيجب تطبيق القواعد العامة .

يقاص به الدين ، فلم يتمسك مع ذلك بالمقاصة ودفع الدين . وهنا يجب تأويل عدم تمسك المدين بالمقاصة مع علمه بجواز التمسك بها أن هذا نزول ضمنى منه عن التمسك بحقه في المقاصة بعد ثبوتها ، وهذه هي الحالة التي أشرنا إليها فيما تقدم . ومن ثم ينقضى الدين الذي كان في ذمة المدين بالوفاء ، ويعود للمدين حقه الذي كان قد انقضى بالمقاصة بعد أن نزل عنها . ولا يعود من التأمينات التي كانت تكفل هذا الحق ما تضر حودته بالغير ، فلا تعود الكفالة الشخصية أو العينية ، ولا يضار دائن مرتين متأخر في المرتبة عن مرتبة الرهن الذي كان يكفل الحق ، وقد تقدم بيان ذلك (١) .

ثانياً - حالة ما إذا كان المدين وهو يدفع دينه مجهول وجود حق له يمكن أن يقاص به الدين ، وعليه هو يقع عبء إثبات ذلك (٢) . فهنا لا يمكن القول بأن المدين ، وهو مجهول وجود حقه ، أنه نزل عن التمسك بالمقاصة في هذا الحق . وكان مقتضى تطبيق القواعد العامة أن يقال إن المقاصة قد وقعت بحكم القانون ، فانقضى بها دين المدين ، فإذا دفعه بعد ذلك يكون قد دفع ديناً انقضى ، فيسرد ما دفع وفقاً لقواعد استرداد غير المستحق . ولا يرجع بحقه وبما يكفل هذا الحق من تأمينات ، لأن هذا الحق قد انقضى أيضاً بالمقاصة وانقضت معه تأميناته . ولكن القانون جعل من جهل المدين بوجود حقه المكفول بتأمينات علناً مقبولا ، فحفظ له قصده ، واعتد بالوفاء الصادر منه على أنه وفاء لدين قائم في ذمته لا على أنه وفاء لدين قد انقضى بالمقاصة . وما دامت المقاصة لم تقع ، فإن حق المدين في ذمة الدائن يبقى بما له من تأمينات ، ولو كانت هذه التأمينات كفالة شخصية أو كفالة عينية فأضر بقاؤها بالغير ، وذلك كله رعاية لحسن نية المدين (٣) .

(١) انظر آلفاً فقرة ٥٤٦ .

(٢) بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٧٣ . وقد كان المشروع انتهى لفتح المدين الجديد يقضى بأن يثبت المدين أيضاً أنه كان له حذر مقبول في جهله بوجود حقه ، ولكن لجنة مجلس الشيوخ حذفت العبارة التي كانت تقضى بذلك ، « اكتفاء بواقعة جهل المدين بوجود حقه ، وحسباً للمنازعات التي تنشأ عن تقدير ما يعتبر مقبولا أو غير مقبول من الأدلة » (انظر تاريخ نص المادة ٣٦٩ في هذه الفقرة في المامش) .

(٣) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع انتهى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٨٩ -

والنظر بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٧٢ .

المطلب الثاني

الآثار التي تترتب على المقاصة

٥٤٨ - فيما بين الطرفين وبالنسبة إلى الغير : إذا وقعت المقاصة

بين دينين متقابلين على الوجه الذي بسطناه فيما تقدم ، انقضى الدينان بقدر الأقل منهما ، وهذا فيما بين الطرفين . أما بالنسبة إلى الغير ، فلا يجوز أن تقع المقاصة إضراراً بحقوق كسبها هذا الغير .

§ ١ - أثر المقاصة فيما بين الطرفين

٥٤٩ - النصوص القانونية : تنص الفقرة الثانية من المادة ٣٦٥

من القانون المدني على ما يأتي :

« وترتب على المقاصة انقضاء الدينين بقدر الأقل منهما ، منذ الوقت الذي

— ونص المادة ٣٦٩ مدني يقابله في التقنين المدني الفرنسي المادة ١٢٩٩ وتتضمن نفس الحكم . والفقهاء الفرنسي يحمل مع ذلك كلا من المدين والدائن غيراً ، فالمدين غير بين الرجوع بحقه بما كان يكفله من تأمينات ، أو يرجع بدعوى استرداد غير المستحق وقد تكون له مصلحة في ذلك إذا كان الدائن قد استوفى الحق وهو يسمى التية فيرجع المدين عليه بالفوائد (ديولومب ٢٨ فقرة ١٢٣ - أوبري ودو ٤ فقرة ٣٢٩ - ص ٣٥٧ - ص ٣٥٧ - ص ٣٥٨ - بودري وبارد ٣ فقرة ١٨٧٢ - انظر مع ذلك لوران ١٨ فقرة ٤٦٤) . ولا نرى ما يمنع من العمل بهذا الحكم في مصر ، فإن المادة ٣٦٩ مدني إنما تقرر أمراً لمصلحة المدين حسن النية ، فله أن يرجع إلى تطبيق القواعد العامة إذا رأى أن تطبيقها أصح له (انظر في هذا المعنى الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ٢٩٤) . وكذلك الدائن ، إذا استوفى الحق وهو يجهل إنه انقضى بالمقاصة ، غير بين الوفاء بديته بما كان يكفله من تأمينات ، أو يرد ما استوفاه للمدين ويتمسك بالمقاصة التي تمت وهو يجهلها (ديولومب ٢٨ فقرة ٦٢٥ - فقرة ٦٢٦ - لوران ١٨ فقرة ٤٦٤ - أوبري ودو ٤ فقرة ٣٢٩ هامش رقم ٨ - بودري وبارد ٣ فقرة ١٨٧٣ - أنسيلوويبي دالوز ١ لفظ compensation فقرة ١٨٠) . وهنا أيضاً لا يوجد ما يمنع من الأخذ بهذا الحكم في مصر ، فإن المدين إذا لم يستحق حقه بما كان يكفله من تأمينات ، يكون قد استرد فعلاً ما وفاه الدائن ، فوصل إلى حقه كاملاً من طريق أقرب .

يصبحان فيه صالحين المقاصة . ويكون تعيين جهة الدفع في المقاصة كتميينها في الوفاء .

وتنص المادة ٣٦٦ على ما يأتي :

« إذا كان الدين قد مضت عليه مدة التقادم وقت التمسك بالمقاصة ، فلا يمنع ذلك من وقوع المقاصة به رغم التمسك بالتقادم ما دامت هذه المدة لم تكن قد تمت في الوقت الذي أصبحت فيه المقاصة ممكنة » (١).

وتقابل هذه النصوص في التقنين المدني السابق المادتين ٢٥٧/١٩٣ و ٢٦٠/١٩٦ (٢).

وتقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادتين ٣٦٣/٢ و ٣٦٤ - وفي التقنين المدني الليبي المادتين ٢/٣٥٢ و ٣٥٣ - وفي التقنين المدني العراقي المادتين ٤١٣ - ٤١٤ - وفي تقنين الموجبات والعقود

(١) تاريخ النصوص :

م ٢/٣٦٥ : ورد هذا النص ضمن المادة ٥٠٣ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا تحويرات لفظية بسيطة . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٧٨ من المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب . وفي لجنة مجلس الشيوخ قسم النص إلى فقرتين ، اشتملت الفقرة الثانية منها على النص الذي نحن بصدده على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وأصبح رقم المادة ٣٦٥ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٧٧ - ٢٨١) .

م ٣٦٦ : ورد هذا النص في المادة ٥٠٤ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتي : « إذا كان الدين قد سقط بالتقادم وقت طلب المقاصة ، فلا يمنع سقوطه من وقوع المقاصة فيه ، مادام هذا السقوط لم يكن قد تم في الوقت الذي أصبحت المقاصة فيه ممكنة » . وفي لجنة المراجعة حور النص تحويراً لفظياً ، فصار مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وأصبح رقمه ٣٧٩ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٣٦٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٨١ و ص ٢٨٢) .

(٢) التقنين المدني السابق م ٢٥٧/١٩٣ : تحصل المقاصة بقدر الأقل من الدينين .

م ٢٦٠/١٩٦ : يحصل التسديد بالمقاصة كما يحصل في حالة الوفاء بالدفع عند تعدد الدينين . (والتقنينان السابق والجديد حكمهما واحد . ولم يرد في التقنين السابق ما يقابل نص المادة ٣٦٦ من التقنين الجديد ، ولكن الحكم كان معولاً به دون نص لأنه متفق مع القواعد العامة : انظر الموجز المؤلف لفقرة ٥٩٠ - فقرة ٥٩١ - الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٨١٩ - فقرة ٨٢٠) .

البناني المواد ٣٣٢ - ٣٣٤ و ٣٣٦ (١).

وبمخلص من هذه النصوص أن المقاصة، كالوفاء، تقضى الدينين بقدر الأقل منهما، ذلك أن كل دائن يستوفى حقه من الدين الذى فى ذمته . ويعتبر انقضاء الدينين قد تم من وقت تلاقيهما متوافرة فيهما شروط المقاصة، لا من وقت التمسك بالمقاصة . وإذا تعددت الديون التى تصبغ فيها المقاصة، كان تعيين جهة الدفع فى

(١) التقنيات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى : م ٢/٢٦٢ و ٢٦٤ (مطابقتان للمادتين ٢/٣٦٥ و ٢٦٦ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى الليبى : م ٢/٢٥٢ و ٢٥٣ (مطابقتان للمادتين ٢/٣٦٥ و ٢٦٦ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى العراقى م ٤١٣ : تقع المقاصة بقدر الأقل من الدينين ، ولا تقع إلا إذا تمسك بها من له مصلحة فيها .

م ٤١٤ : إذا كان الدين لا تسع فيه الدعوى لمرور الزمن وقت التمسك بالمقاصة ، فلا يمنع ذلك من وقوع المقاصة ما دامت المدة اللازمة لعدم سماع الدعوى لم تكن قد تمت فى الوقت الذى أصبحت فيه المقاصة ممكنة .

(وحكم التقنين العراقى يتفق مع حكم التقنين المصرى) .

تقنين الموجبات والنفود البناني : م ٣٢٢ : لا تجرى المقاصة حتى بل بناء على طلب أحد الطرفين ، وهى تسقط الدين فى اليوم الذى تتوافر فيه الشروط اللازمة لإمكان التطرح بها مع قطع النظر عن الأمور التى تكون قد وقعت فيها بعد كسقوط أحد الموجبين بمرور الزمن .

م ٣٣٣ : إن المقاصة فى الأساس تفعل عند الإدلاء بها بفعل الإيفاء ، ولكن بقدر الدين الأقل . وهى تسقط ملحقات الموجب (كرهن العقار والمنقول والكفالة الخ) على نسبة إسقاطها للموجب نفسه . حل أن سقوط الحقوق المناهضة للقيده فى السجل العقارى لا يتم إلا بمحو ذاك القيد .

م ٣٣٤ : يجوز لكفيل أن يطلب المقاصة بما يجب على الدائن للكفيل . كما أنه لا يجوز للدين المتضامن أن يحتج بوجود دين آخر لأحد شركائه فى الدين مترتب على الدائن . أما إذا احتج بالمقاصة الكفيل أو المدينون للمتضامن بعد أن يصبحا دائنين للدائن ، فالمقاصة تسقط الدين من المدينون الأصل أو عن سائر المدينين ، ويحق لحؤلاء الإدلاء بالمقاصة .

م ٣٣٦ : متى وجدت بين شخصين عدة ديون قابلة للمقاصة ، تطبق القواعد المفروضة لتعيين جهة الإيفاء .

(وهذه الأحكام متفقة مع أحكام التقنين المصرى إما بالنص أو بتطبيق القواعد العامة ، فيما هذا التضامن : فى التقنين البناني إذا وقعت المقاصة بين أحد المدينين المتضامين والدائن دون أن يتمسك هذا الدين بها ، لم يميز أى مدين متضامن آخر أن يحتج بهذه المقاصة ، أما فى التقنين المصرى فقد رأينا أن أى مدين آخر يحتج بالمقاصة لا يقدر حصه من وقعت معه) .

حالة المقاصة كتعيينها في حالة الوفاء . وتبحث كلا من هذه المسائل الثلاث .

٥٥٠ - المقاصة تنقضى المدينين بقره الوقل مخرما : المقاصة لما أثر

الوفاء في كل من الدينين المتقابلين ، إذ كل دين قد استوفى من الدين المقابل . فينقضى الدينان إذن ، إذا كانا متساويين .

ويترتب على انقضاءهما أنه لو كان أحدهما أو كلاهما ينتج فائدة ، فإن الفوائد تنقطع من وقت الانقضاء ، أي من وقت تلاقى الدينين لا من وقت التمسك بالمقاصة فحسب . وقد تعادل منفعة كل من المدينين من وراء انقطاع الفوائد ، وقد لا تعادل . فإذا كان كل من الدينين ينتج فائدة سعرها معادل لسعر الفائدة في الدين الآخر ، ففي هذا القرض ، والدينان متساويان وسعر الفائدة متحد ، تتعادل منفعة كل من المدينين بانقطاع الفوائد ، ولا يكسب أحدهما بانقطاعها أكثر مما يكسب الآخر . أما إذا كان أحد الدينين ينتج فائدة سعرها أكبر من سعر الفائدة التي ينتجها الدين الآخر ، أو كان أحد الدينين ينتج فائدة والدين الآخر لا ينتج فائدة ما ، فإن انقطاع الفوائد يفيد المدين الذي ينتج دينه فائدة ، أو ينتج فائدة أكبر ، أكثر مما يفيد المدين الآخر .

ويترتب على انقضاء الدينين أيضاً أن التأمينات التي كانت تكفل إيا منهما تنقضى معه . فلو كان أحد الدينين مكفولاً بكفيل شخصي أو بكفيل عيني أو برهن أو امتياز أو اختصاص أو بغير ذلك من التأمينات الشخصية أو العينية ، فإن هذه التأمينات تزول بمجرد انقضاء الدين المكفول . ولكن يجب التأشير على هامش القيد بزوال التأمين ، حتى يكول زواله سارياً في حق الغير (١) . ومن أجل ذلك يجوز للكفيل الشخصي أن يتمسك بالمقاصة الواقعة بين المدين المكفول ودائته ، لأن هذه المقاصة تنقضى الدين المكفول فتنتقض الكفالة بانقضائها (٢) . وهذا صحيح حتى لو كان الكفيل الشخصي متضامناً مع المدين ، فإن تضامناً الكفيل مع المدين لا يخرج عنه أن يكون كفيلاً التزامه

(١) انظر الفقرة الأخيرة من المادة ٣٣٣ من تقنين الموجهات والقواعد البناني .

(٢) انظر المادة ٣٣٤ من تقنين الموجهات والقواعد البناني - وكذلك يجوز للكفيل العيني أن يتمسك بالمقاصة الواقعة بين المدين ودائته ، إذ المقاصة تنقضى الدين المكفول ، فينتقض الرهن الواقع على مال الكفيل العيني .

تابع لالتزام المدين الأصلي ففى انقضى الالتزام الأصل انقضى التزام الكفيل (١). أما المدين الأصلي فليس له أن يطلب المقاصة بما فى ذمة الدائن للكفيل (٢)، لأنه هو المدين وليس له أن ينفى دينه من مال الكفيل . ولكن يجوز للكفيل ، إذا رجع عليه الدائن ، أن يدفع بالمقاصة بين الدين المكفول ودين له فى ذمة الدائن (٣)، وله بعد ذلك أن يرجع على المدين الأصلي بما وفاه من دينه على هذا النحو (٤). أما المدين المتضامن فقد رأينا ، عند الكلام فى التضامن، أنه يستطيع أن يدفع بالمقاصة الواقعة بين الدائن ومدين متضامن آخر ، ولكن بقدر حصة هذا المدين (٥).

هذا كله إذا كان الدينان المتقابلان متساويين . فإذا كانا غير متساويين ، ونفرض أن أحدهما ألف ينتج فوائد يسعر ٥ ٪ / وله تأمينات تكفله والدائن الآخر خمسمائة لا تنتج فوائد وليس لها تأمينات ، فإن المقاصة تقضى الدينين بقدر الأقل منهما ، أى بقدر خمسمائة . فينقضى الدين الآخر كله ، وينقضى الدين

(١) بودى وبارد ٣ قرة ١٨٦٥ .

(٢) انظر المادة ٣٣٤ من تقنين الموجبات والعقود البناني — وانظر آنفاً قرة ٥٣٣ .

(٣) انظر المادة ٣٣٤ من تقنين الموجبات والعقود البناني — وتكون المقاصة هنا اختيارية لا قانونية ، فلا ينقضى الدينان إلا من وقت التمسك بالمقاصة (انظر آنفاً قرة ٥٣٣ فى الماشى) .

(٤) أما التقنين المدنى المرقى فتقضى المادة ٤١٢ منه ، حل التقيض من ذلك ، بما يأتى : « إذا كان للكفيل المحروم من حق التجريد دين على الدائن المكفول له من جنس الدين المكفول به ، فالدينان يلتزمان قصاصاً من غير رضاها » . فالمقاصة فى التقنين المرقى قانونية لا اختيارية (انظر آنفاً قرة ٥٤١ فى الماشى) .

(٥) قارن المادة ٣٣٤ من تقنين الموجبات والعقود البناني وهى لا تميز المدين المتضامن أن يحجب بالمقاصة أصلاً ولو بقدر حصة المدين المتضامن الذى وقعت معه المقاصة ، وقارن أيضاً المادة ٣/١٢٩٤ من التقنين المدنى الفرنسى وهى فى معنى التقنين البناني .

ونستذكر هنا خطأ فى شأن التقنين البناني ورد فى مناسبة المادة ٣٧ من هذا التقنين (انظر آنفاً ص ٣١٥ فى الماشى) . فقد قلنا هناك إن التقنين البناني يجعل لكل مدين متضامن الحق فى إسقاط الدين كله بالمقاصة . والصحيح أنه لا يستطيع ذلك إلا إذا وقعت المقاصة معه هو ورجع عليه الدائن فتسلك بها ، وفى هذا يتفق التقنين البناني مع سائر التقنينات العربية ومع التقنين الفرنسى . أما إذا تمسك المدين المتضامن بمقاصة وقعت مع مدين متضامن آخر دون أن يتمسك هذا المدين الآخر بها، فإن هذا التمسك لا يفيد التمسك أصلاً ولا يستطيع هذا أن يستنزل من الدين حتى حصة المدين الذى وقعت معه المقاصة . وفى هذا يتفق التقنين البناني مع التقنين الفرنسى ، ويخالف التقنينات العربية الأخرى .

الأول بقدر خمسمائة ، فيبقى منه خمسمائة تستمر في إنتاج القوائد بسعر ٥ / . وتستمر مكفولة بالتأمينات التي كانت تكفل الدين كله . وهنا نرى أن صاحب الدين الأول قد استوفى بحكم المقاصة جزءاً من دينه ، فهو قد أجبر على الاستيفاء الجزئي . ولكن ليس له أن يشكو من ذلك ، فإنه لو استوفى حقه كاملاً وهو ألف ، لوجب عليه أن يؤدي منه في الحال خمسمائة للطرف الآخر ، فلا يبقى له إلا خمسمائة . وهذا هو عين المبلغ الباقي له في ذمة الطرف الآخر بعد إعمال المقاصة ، وله أن يستوفيه فوراً (١) .

٥٥١ — انقضاء الدين مع الوقت الذي يصحبه فيه صاحبه

للمقاصة : قلنا أن المقاصة تقع من وقت تلاقى الدينين المتقابلين صاحبين للمقاصة ، أي متوافرة فيهما شروطها . فهي لا يتأخر وقوعها إلى وقت التمسك بها ، بل هي مقاصة قانونية تقع بحكم القانون ، ولو بدون علم صاحب الشأن ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك (٢) .

فالمقاصة إذن تقع منذ تلاقى الدينين المتقابلين متوافرة فيهما شروطها (٣) . فإذا كان أحد الدينين أو كلاهما عملاً للزراع أو غير معلوم المقدار ، وقعت المقاصة من وقت حسم الزراع أو من وقت تحديد مقدار الدين . وإذا كان أحد الدينين

(١) بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٦٤ من ٢٠٥ — ويلاحظ أنه إذا كان أحد الدينين المطلوب القصاص فيهما دون نصاب الاستئناف والدين الآخر يبلغ النصاب ، جاز رفع استئناف من الحكم الصادر في الدين الأول بالرغم من أنه لم يبلغ النصاب ، لأن الحكم تناول الدين الآخر وهو يبلغه (استئناف مخطوط ٧ فبراير سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ٤٠) .
(٢) وحتى المقاصة التي تقع باعلان عن الإزالة ، كما هو الأمر في التفتينات الجرمانية ، فإنها تستند إلى وقت تلاقى الدينين كما قلنا .

(٣) وإذا رما الزاد على الدائن المرتهن العقار ، وكان مقدماً على سائر الدائنين ، فوقعت المقاصة بين المثل الذي في ذمة الراسي به الزاد والحق الذي له المكفول بالرهن ، فإن المقاصة تقع وقت التعلق بحكم مرسوم الزاد ، فن هذا الوقت يثبت المثل ديناً حالاً في ذمة الدائن المرتهن ، فيتعلق الدينان متوافرة فيهما شروط المقاصة . ومن ثم لا يكون الدائن المرتهن في حاجة إلى أن يدرج اسمه في قائمة التوزيع بعد أن انقضى حقه بالمقاصة ، ويستطيع أن يمسك بالمقاصة عن طريق المعارضة في قائمة التوزيع النهائي (استئناف مخطوط ١٣ يوليو سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٣١١ — ١٦ ديسمبر سنة ١٩٤٧ م ٦٠ ص ٣١) .

أو كلاهما مؤجلا ، وقعت المقاصة من وقت حلول الأجل . وقس على ذلك
سائر الشروط . وينتفىض الدينان بقدر الأقل منهما بمجرد وقوع المقاصة ،
ويكون للمقاصة نفس الأثر الذى للوفاء فى انقضاء كل من الدينين .

وتبقى المقاصة واقعة والدينان متقضيين ، حتى لو تخلفت الشروط أو بعضها
بعد ذلك عند التمسك بالمقاصة . وقد أوردت المادة ٣٦٦ مدنى مثالا على ذلك ،
فنصت على أنه « إذا كان الدين قد مضى عليه مدة التقادم وقت التمسك
بالمقاصة ، فلا يمنع ذلك من وقوع المقاصة به رغم التمسك بالتقادم ، ما دامت هذه
المدة لم تكن قد تمت فى الوقت الذى أصبحت فيه المقاصة ممكنة » . والنص
يفترض أن هناك دينين متقابلين تلاقيا ، متوافرة فيهما شروط المقاصة ، قبل
أن تنقضى عليهما بطبيعة الحال مدة التقادم . وعند التمسك بالمقاصة كانت مدة
التقادم قد انقضت بالنسبة إلى أحد الدينين . ولما كانت العبرة فى وقوع المقاصة
بالوقت الذى تلاقى فيه الدينان صالحين للمقاصة ، لا بوقت التمسك بالمقاصة ،
فإن الدينين فى وقت تلاقيهما لم يكن قد مضى على أى منهما مدة التقادم ،
فوقعت المقاصة بينهما وانقضيا . ومن ثم يجوز التمسك بالمقاصة ، حتى لو كان
وقت التمسك بها قد تقادم أحد الدينين وتمسك المدين بالتقادم ، لأن العبرة
كما قلنا بوقت تلاقى الدينين لا بوقت التمسك بالمقاصة . وقد تغلقت الإشارة
إلى ذلك (١) .

(١) انظر آنفاً فقرة ٥٢٨ - وانظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة
الأعمال التحضيرية ص ٢٨٢ - وقد كان هذا هو الحكم فى عهد التقنين المدنى السابق ، بالرغم
من عدم اشتغال هذا التقنين على نص مماثل لنص المادة ٣٦٦ فى التقنين المدنى الجديد ، وذلك لأن
الحكم ليس إلا تطبيقاً للقاعدة العامة التى تنص بأن المقاصة تقع من وقت تلاقى الدينين . وقد
قست محكمة النقض بأنه إذا كان أحد الدينين قد استحق فى ٣٠ نوفمبر سنة ١٩١٥ والآخر فى
آخر ديسمبر سنة ١٩٢٨ ، فإنه فى هذا الوقت الأخير لم يكن الدين الأول قد سقط الحق فى المطالبة
به بمضى المدة ، فيتقابل الدينان فيه وتقع المقاصة بقدر أقلهما . ولا يمنع من حصول هذه
المقاصة أن يكون قد طلبها صاحب الدين الأول بعد دعوى خصمه صاحب الدين الثانى عليه مهما
استطالت المدة ، لأن المقاصة تقع حتماً بدون طلب من ذوى الشأن ، فالتمسك بها بعد رفع دعوى
الخصم إنما هو تمسك بأمر قد وقع فعلاً بقوة القانون (نقض مدنى ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٣٦
مجموعة محرر ٢ رقم ٢١ ص ٥٠ - انظر أيضاً : استئناف مخطوط ٢٤ مايو سنة ١٩٣٨ م ٥٠
ص ٣١٩) .

أما إذا كان قد مضى على كل من الدينين ، وقت التمسك بالمقاصة ، مدة التقادم ، فقد يرى الطرفان أنهما في غير حاجة إلى التمسك بالمقاصة ، لأن كلا منهما يستطيع أن يتمسك بالتقادم . ولكن لا يزال لها حق التمسك بالمقاصة مادامت شروطها قد توافرت قبل انقضاء مدة التقادم ، والتمسك بالمقاصة خير لها من التمسك بالتقادم ، لأن التمسك بالتقادم يتخلف عنه التزام طبيعي لا يتخلف عن التمسك بالمقاصة (١) .

٥٥٢ - تعيين جهة الدفع في المقاصة : وقد يتلاقى دين صالح للمقاصة مع جهة مع ديون متعددة متعاقبة مع جهة أخرى هي أيضاً صالحة للمقاصة ، بأن يكون في ذمة أحد المدينين للآخر مثلاً ألف ، وفي ذمة الآخر له دينان أحدهما ألف غير مكفولة والدين الآخر ألف مكفولة بتأمين عيني . وتتلاقى هذه الديون جميعاً ، فتقع المقاصة بين الدين الأول وأحد الدينين المقابلين له ، فأى هذين الدينين هو الذى تقع فيه المقاصة ؟ تجيب على ذلك العبارة الأخيرة من المادة ٣٦٥ مدنى بما يأتى : « ويكون تعيين جهة الدفع في المقاصة كتحيينها في الوفاء » . ومن ثم يجب تطبيق قواعد تعيين جهة الدفع (imputation des paiements) التى مرت بنا عند الكلام في الوفاء ، إذ المقاصة كما قدمنا ضرب من الوفاء (٢) .

على أنه يجب أن يستبعد من هذه القواعد ما يرجع التعيين فيه إلى إرادة المدين

(١) هذا وقد يتلاقى الدينان متوافرة فيهما شروط المقاصة ، ثم يطرأ بعد ذلك حل أحد الدينين ما يحمله ينقضى بسبب آخر غير التقادم الذى نحن بصدده ، كان يحد أحد المدينين إلى تجديد دينه . ففى هذه الحالة إذا كان المدين قد جدد دينه وهو عالم بجواز التمسك بالمقاصة ، كان هذا التجديد بمثابة نزول ضمنى من المقاصة يكون له حكم النزول وقد تقدم بيانه . أما إذا كان لا يعلم بوقوع المقاصة ، فإن التجديد يكون باطلاً ، لأن الدين المراد تجديده يكون قد انقضى بالمقاصة فلا يكون هناك محل للتجديد .

(٢) وتطبيقاً لهذه القواعد إذا تقابل دينان ، أحدهما خصيصة مثلاً والآخر خصيصة تضاف إليه مائة هي المصروفات والقوائد ، وقعت المقاصة في الدين الآخر في المصروفات والقوائد أولاً ثم في رأس المال . فينتضى الدين الأول كله . وينقضى من الدين الآخر المصروفات والقوائد أولاً وهي المائة ، ثم أربعمائة من رأس المال ، وتبقى مائة من رأس المال .

أو إلى إرادة الدائن ، فالمقاصة وفاء إجبارى يقع لا بإرادة المدين ولا بإرادة الدائن (١) . ويبنى من هذه القواعد ما يرجع التعيين فيه إلى حكم القانون . وفي المثل المتقدم أحد الدينين غير مكفول والدين الآخر مكفول بتأمين عيني ، فهذا الدين الآخر - وهو الدين الأشد كلفة على المدين (م ٣٤٥ مدني) - هو الذي تقع فيه المقاصة (٢) .

وغنى عن البيان أننا نفترض في المثل المتقدم أن الدينين المقابلين في جهة وجدأ أولاً - متعاقبين أو متعاصرين - ثم وجد الدين المقابل في الجهة الأخرى . أما إذا وجد أحد الدينين أولاً ثم وجد الدين المقابل ، أو وجد الدين المقابل أولاً ثم وجد أحد الدينين ، فقد تلاقى عند ذلك دينان متقابلان وانقضى بالمقاصة . فإذا وجد الدين الآخر بعد ذلك لم يكن الدين الذى ينقضى بالمقاصة ، حتى لو كان هو الدين المكفول . فلا بد إذن من أن يكون الدينان المتقابلان من جهة قائمين معاً وقت تلاقهما مع الدين المقابل من جهة أخرى ، حتى يكون هناك محل لتطبيق القواعد المتعلقة بتعيين جهة الدفع . أما إذا كان أحد الدينين المقابلين هو الذى كان قائماً وحده ، فإنه هو الدين الذى ينقضى بالمقاصة سواء كان هو الدين المكفول أو الدين غير المكفول (٣) .

(١) ولما كانت المقاصة في القوانين البرمائية تتم بإعلان من الإدارة كما قلنا ، فهنا يتسع المجال لمن أعلن عن إرادته في إيقاف المقاصة أن يبين أيها من الدينون المتعددة يريد إيقاف المقاصة له . وقد نصت المادة ٣٩٦ من التقنين المدني الألماني في هذا المعنى على ما يأتي : « إذا كان أحد الطرفين له حقوق متعددة تصلح كلها المقاصة ، فلفرط الذى يوقع المقاصة أن يبين أيها من هذه الحقوق يريد أن تقع فيه . فإذا وقعت المقاصة دون هذا التعيين ، أو حصل التعيين ولكن الطرف الآخر اعترض عليه دون إبطاء ، وجب تطبيق أحكام الفقرة الثانية من المادة ٣٦٦ » . (أنظر التطبيقات على التقنين المدني الألماني م ١ ٣٩٦ فقرة ١ - فقرة ٣) .

(٢) المذكرة الإيضاحية المشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال الصغيرة ٣ من ٢٨٢ - وأنظر أيضاً بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٦٤ ص ٢٠٦ .

(٣) ديمولومب ٢٨ فقرة ٦٥٥ - بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٦٤ ص ٢٠٦ - ويتروتب على ذلك أنه إذا قام دين من جهة ، ثم قام دينان متعاصران (أى في وقت واحد) متقابلان له من جهة أخرى ، فإن هذين الدينين يكونان قائمين معاً وقت تلاقهما مع الدين المقابل ، ويكون هناك محل لتطبيق القواعد المتعلقة بتعيين جهة الدفع ، فينقضى الدين المكفول ويبقى الدين غير المكفول .

٢٥ - أثر المقاصة بالنسبة إلى الغير

٥٥٣ - **النصوص القانونية :** تنص المادة ٣٦٧ من التقنين المدني على ما يأتي :

- ١ - لا يجوز أن تقع المقاصة إضراراً بحقوق كسبها الغير .
 - ٢ - فإذا أوقع الغير حجزاً تحت يد المدين ، ثم أصبح المدين دائناً لذاته ، فلا يجوز له أن يتمسك بالمقاصة إضراراً بالحاجز .
- وتنص المادة ٣٦٨ على ما يأتي :

- ١ - إذا حول الدائن حقه للغير ، وقبل المدين الحوالة دون تحفظ ، فلا يجوز لهذا المدين أن يتمسك قبل المحال له بالمقاصة التي كان له أن يتمسك بها قبل قبوله للحوالة ، ولا يكون له إلا الرجوع بحقه على المحيل .
- ٢ - أما إذا كان المدين لم يقبل الحوالة ولكن أعلن بها ، فلا تمنعه هذه الحوالة من أن يتمسك بالمقاصة (١) .

(١) تاريخ النصوص :

م ٣٦٧ : ورد هذا النص في المادة ٥٠٥ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٨٠ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس للشيوخ تحت رقم ٣٦٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٨٤ - ٢٨٥) .

م ٣٦٨ : ورد هذا النص في المادة ٥٠٦ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما حدا أن الفقرة الثانية من النص في المشروع التمهيدى كانت تنتهى بالعبارة الآتية : « إلا إذا كان الحق الذى يرد المقاصة به ثبت في ذمة المحيل بعد إعلان الحوالة » . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٣٨١ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب . وفى لجنة الشيوخ خلطت العبارة السالفة الذكر ، لأنه بعد إعلان الحوالة ينتقل الحق من المحيل إلى المحال له ، فإذا ثبت في ذمة المحيل المدين دين بعد ذلك ، لم يكن هناك محل للمقاصة ، فى القواعد العامة ما ينشئ عن هذه العبارة . وأصبحت المادة رقمها ٣٦٨ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٨٥ و ص ٢٨٧ - ص ٢٨٨) .

وتقابل هذه النصوص في التقنين المدني السابق المادتين ٢٦١/١٩٧ و ٢٦٩/١٩٩ .

وتقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادتين ٣٦٥ - ٣٦٦ - وفي التقنين المدني الليبي المادتين ٣٥٤ - ٣٥٥ - وفي التقنين المدني العراقي المادتين ٤١٥ و ٤١٧ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٣٣٥ (٢) .

وبمخلص من هذه النصوص أن المبدأ العام هو عدم جواز وقوع المقاصة لإضراراً بحقوق كسبها الغير (٣) . وقد أورد التقنين المدني تطبيقين هامين لهذا

(١) التقنين المدني السابق م ٢٦١/١٩٧ : إذا أحال الدائن آخر يدين وقست فيه المقاصة، وتبل المدين الحوالة ، فلا يصح له بعد ذلك التمسك بالمقاصة على الاحتال ، إنما له أن يطالب المصيل بدينه .

م ٢٦٣/١٩٩ : وضع الحجز على ما في ذمة المدين يمنع المدين المالكور من طلب المقاصة التي تحدث بعد الحجز . (وأحكام التقنين المدني السابق متفقة مع أحكام التقنين المدني الجديد) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٣٦٥ - ٣٦٦ (مطابقتان للمادتين ٣٦٧ - ٣٦٨ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني الليبي م ٣٥٤ - ٣٥٥ (مطابقتان للمادتين ٣٦٧ - ٣٦٨ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٤١٥ (مطابقة للمادة ٣٦٧ من التقنين المدني المصري) .

م ٤١٧ : (مطابقة المادة ٣٦٨ من التقنين المدني المصري مع إضافة عبارة : إلا إذا كان الحق الذي يريد المقاصة به ثبت في ذمة المصيل بعد إعلان الحوالة ، التي كان يتضمنها المشروع التمهيدى للتقنين المصري - والحكم في التقنين العراقي متفق مع الحكم في التقنين المصري : انظر الأستاذ حسن الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فترة ٣٦١) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٣٣٥ : إن مقاصة لا تؤثر في حقوق شخص ثالث مكتسبة من قبل .

(وقد اقتصر التقنين اللبناني على إيراد المبدأ دون النص على تطبيقاته . ولكن هذه التطبيقات تعمل بها في لبنان لأنها مستمدة من هذا المبدأ) .

(٣) وقد سبق أن بينا أن المادة ٣٦٩ مدني تقرر مبدأ مكرراً لهذا المبدأ ، هو أن النزول عن المقاصة لا يجوز أن يضر بالغير ، فإذا وفي المدين ديناً وكان له أن يطلب المقاصة فيه بحق له ، فلا يجوز أن يتمسك إضرار بالغير بالتأمينات التي تكفل حقه (أنظر آنفاً فقرة ٤٤٧) . فلا يجوز إذن الإضرار بحق كسبها الغير ، لا من طريق التمسك بالمقاصة ، ولا من طريق النزول عنها .

المبدأ : (أولها) توقيع الحجز التحفظى على أحد الدينين المتقابلين . (والثانى) حوالة أحد الدينين المتقابلين وقبول المدين للحوالة دون تحفظ .

٥٥٤ - توقيع الحجز التحفظى على أحد المدينين المتقابلين : إذا تلاقى

دينان متقابلان صالحان للمقاصة ، فوقعت المقاصة بينهما ، فلا يحول دون ذلك أن يوقع حجز تحفظى على أحد هذين الدينين أو على كليهما ، حتى قبل التمسك بالمقاصة ، مادام الدينان قد توافرت فيهما شروط المقاصة قبل توقيع الحجز التحفظى . فالعبرة كما قلنا بوقت تلاقى الدينين صالحين للمقاصة ، لا بوقت التمسك بالمقاصة .

أما إذا وقع الحجز التحفظى على دين قبل نشوء دين مقابل صالح للمقاصة به (١) ، فإن الدين المحجوز عليه يصبح غير قابل للمقاصة حماية لحق الدائن الحاجز . ونشوء دين مقابل لهذا الدين صالح للمقاصة بعد توقيع الحجز التحفظى على الدين لا يغير من عدم قابليته للمقاصة بعد أن تعلق به حق الغير ، إذ المقاصة لا تقع إضراراً بحقوق كسبها الغير .

فلو أن شخصاً فى ذمته دين لشخص آخر ، ووقع حجز تحفظى على هذا الدين من دائن للدائن ، ثم نشأ بعد ذلك دين للمدين فى ذمة الدائن صالح للمقاصة بالدين الأول ، فلا تقع المقاصة بالرغم من ذلك . ذلك أن فى وقوعها إضراراً بحق الدائن الحاجز ، وهو من الغير فى المقاصة . وكما أن المدين الذى وقع تحت يده الحجز لا يستطيع أن يوفى الدين المحجوز عليه للدائن بعد توقيع الحجز ، كذلك هو لا يستطيع أن يوفيه بعد توقيع الحجز بحق له فى ذمة الدائن عن طريق المقاصة .

على أنه يجوز للمدين الذى وقع الحجز تحت يده ، فامتنعت عليه المقاصة ،

(١) ويستوى أن ينشأ الدين المقابل بعد توقيع الحجز أو قبله ، ما دام لم يصلح المقاصة إلا بعد توقيع الحجز (المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٨٦ - استئناف مخطوط ١٥ يناير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٠٢ - وأنظر أيضاً المادة ٣٩٢ من الترتين المدنى الألمانى والصلقات حل الترتين المدنى الألمانى ١ ٣٩٢ فقرة ١ - فقرة ٢) .

أن يوقع هو أيضاً حجزاً تحفظياً تحت يد نفسه ، فيشارك بذلك مع الدائن الحاجز الأول في اقتضاء حقه من الدين الذي في ذمته ، ولكنه يشترك في ذلك مع الدائن الحاجز الأول شركة الغرماء (١) .

٥٥٥ — موالة أحد الرضين المتقابلين وقبول المدين الحوالة دونه تحفظ :

والتطبيق الثاني الذي أورده التقنين المدني للمبدأ القاضي بعدم جواز وقوع المقاصة إضراراً بحقوق كسبها الغير ، هو حالة ما إذا وقعت حوالة لأحد الدينين المتقابلين ، فتعلق بهذا الدين حتى الغير وهو الحال له (٢) . وهنا يجب التمييز بين فرضين :

(الفرض الأول) أن تكون الحوالة قد سرت في حق المدين بقبوله لها .
فاذا قبل المدين الحوالة مع وجود حق له في ذمة المصيل كان يستطيع أن يقاض به الدين موضوع الحوالة ، وكان قبوله للحوالة دون تحفظ ، فقد تعلق بالدين الحال به حتى الحال له ، ولا يجوز بعد ذلك أن تقع المقاصة إضراراً بهذا الحق .
ويستوى في ذلك أن يكون المدين الحال عليه عالماً وقت قبوله الحوالة بالحق الذي له في ذمة المصيل وبإمكان المقاصة به أو غير عالم بذلك (٣) . فان كان عالماً ،

(١) استئناف مخطوط ٢ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ١٤٠ — وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي : « ويعرض أول هذين التطبيقين عند توقيع حجز تحت يد المدين ، فإذا ترتب لهذا المدين دين في ذمة دائته المحجوز حل ماله ، بعد توقيع ذلك الحجز ، امتنع عليه التسك بالمقاصة إضراراً بالحاجز . ومؤدى هذا أن الدين المحجوز لا يجوز التقصاص فيه ، شأنه من هذا الوجه شأن الدين غير القابل للسحب . ولا يشترط في هذه الحالة أن يترتب دين المدين في ذمة دائته بعد الحجز ، بل تمتنع المقاصة كذلك ولو كان هذا الدين قد نشأ من قبل ما دامت شروطها لم تتوافر عند توقيعه : فإذن المادة ٣٩٢ من التقنين الألماني . وراعى أخيراً أن الدائن الذي تمتنع عليه المقاصة في هذه الحالة أن يحجز تحت يد نفسه ، فيتيسر له بذلك أن يشترك مع الحاجز الأول في اقتسام الدين المحجوز عند التوزيع » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٨٦) .

(٢) استئناف مخطوط ١٥ مايو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٧٩ .

(٣) ومع ذلك يجوز للمدين أن يتسك بالمقاصة ، ولو كان قد قبل الحوالة أو كان محجوزاً تحت يده قبل نشوء حقه ، إذا كان هذا الحق الذي يقاض دية به نشأ من نفس المصدر الذي نشأ منه الدين وكان من شأنه أن يحدده . ففي عقد البيع إذا كان البائع مدينًا بضمان ميب ودائنته

وقبل مع ذلك الحوالة دون تحفظ ، حل ذلك منه على أنه قد نزل عن المقاصة بعد ثبوت حقه فيها ، وهذا جائز كما قدمنا . وفي هذه الحالة لا يجوز له التمسك بالمقاصة ضد المحال له بعد أن نزل عنها . ويعود له بطبيعة الحال حقه نحو المحيل الذى كان قد انقضى بالمقاصة قبل النزول عنها ، إلا أن التأمينات التى كانت تكفل هذا الحق لا تعود ، قياساً على الحكم الوارد فى المادة ٣٦٩ مدنى السابق ذكرها ، وهى تقضى بعدم جواز عودة التأمينات لإضراراً بحقوق الغير بعد النزول عن المقاصة . أما إذا كان المدين وقت قبوله للحوالة دون تحفظ غير عالم بالحق الذى له فى ذمة المحيل ، فإن المقاصة مع ذلك تمتنع أيضاً ، لأنه قبل الحوالة دون تحفظ ، فتعلق حق الغير بالمدين ، والمقاصة لاتقع لإضراراً بحق كسبه الغير كما قدمنا . ولكن يعود للمدين ، مع حقه نحو المحيل الذى عاد له ، التأمينات التى كانت تكفل هذا الحق ، لأن المدين لا يعتبر متنازلاً عن مقاصة كان لا يعلم بوقوعها ، وهذا كله قياساً أيضاً على المادة ٣٦٩ مدنى السالفة الذكر وهى تجيز عودة التأمينات إذا كان المدين مجهل وجود الحق الذى كان يصح أن يقاص به دينه .

(والفرض الثانى) أن تكون الحوالة قد سرت فى حق المدين باعلانه لا بقبوله إياها . وفى هذا الفرض لم يكن فى استطاعة المدين تلافى الإضرار بالغير ، كما كان يستطيع فى الفرض الأول الذى قبل فيه الحوالة دون تحفظ . فقد كان يستطيع فى الفرض الأول ، إذا كان عالماً بوجود الحق ، أن ينبه المحال له إلى وقوع المقاصة ولا يقبل الحوالة . وإذا لم يكن عالماً بوجود الحق ، فإن قبوله لحوالة دون تحفظ من شأنه أن يوهم المحال له أن الحوالة وقعت على محل قابل له ، فوجب أن يتحمل تبعات القبول الصادر منه دون تحفظ (١) . أما فى الفرض الثانى الذى نحن بصددده ، وهو لم يصدر منه قبول للحوالة بل أعلن بها ، فلا ذنب له ،

١- بالثمن ، ووقعت المقاصة بين التهنين ، ولكن البائع حول الثمن إلى أجنبى وقبل المشتري الحوالة ، أو وقع دائن البائع حيزاً حل الثمن تحت يد المشتري قبل وقوع المقاصة ، فقبول المشتري للحوالة أو توقيع الحيز التصفلى تحت يده لا يمنعه من التمسك بالمقاصة بين الثمن وضمان الميب (استئناف مخطوط ٨ يناير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ١٣٥ - ٧ مايو سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٤٧) .

(١) الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ٢٩٣ ص ٣٦٩ .

إذ هو لم يقبل الحوالة فيجبر قبوله المحال له إلى الوهم الذى وقع فيه فى الفرض الأول . ومن ثم وجب إعمال المقاصة بين الدينين بعد أن تلاقيا صالحين لها قبل صدور الحوالة ، وتكون الحوالة واردة على حق انقضى بالمقاصة ، فتقع باطلة . ويستطيع المدين إذن أن يحتج بالمقاصة على المحال له فى هذا الفرض ، ولا يمنعه من ذلك إلا أن يكون الحق الذى يقاص به دينه قد ثبت بعد إعلان الحوالة له ، فى هذه الحالة لاتقع المقاصة لأن الدين المحال به لم يتلاق مع الدين المقابل ، بل انتقل إلى المحال له قبل ذلك ، فأصبح غير صالح للمقاصة (١) .

الفرع الثانى

المقاصة الاختيارية والمقاصة القضائية

٥٥٦ — سكوت التقنين المدنى عن المقاصة الاختيارية والمقاصة القضائية:

والتقنين المدنى ، عندما عرض للمقاصة ، لم يقصد إلا المقاصة القانونية التى سبق أن بسطنا أحكامها . أما المقاصة الاختيارية (٢) ، وأما المقاصة القضائية ،

(١) أنظر تاريخ المادة ٣٦٨ مدنى آنفاً فقرة ٥٥٣ فى الهامش — وأنظر ديرانتون ١٢ فقرة ٤٣٤ — فقرة ٤٣٦ — ماركاديه ٤ فقرة ٨٤٢ — ديملومب ٢٨ فقرة ٥٧٥ — فقرة ٥٧٩ — لوران ١٨ فقرة ٤٦٧ — هيك ٨ فقرة ١٦٥ — أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٢٨ ص ٣٤٧ — بوردى وبارد ٣ فقرة ١٨٧٥ — فقرة ١٨٨٠ .

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « أما التطبيق الثانى ليحقق إذا حول الدائن حقه للغير وقبل المدين هذه الحوالة دون تحفظ . فلا يجوز لهذا المدين أن يتسلك بالمقاصة إضراراً بالمحال له ، ولو كان له أن يتسلك بها من قبل . ولا يمكن لمن يفوت عليه التسلك بالمقاصة على هذا الوجه إلا أن يرجع دينه على المحال ، دون أن يكون له أن يتسلك بالتأمينات التى أنشئت لضمان الوفاء بهذا الدين إضراراً بالغير . ولكن إذا كان المدين قد أعلن بالحوالة دون أن يقبلها ، فلا يحول هذا الإعلان بينه وبين التسلك بالمقاصة . وغنى عن البيان أنه لا يجوز للمدين أن يتسلك بالمقاصة بين دين وجب له فى ذمة دائته وبين الدين المحال به ، إذا كان دينه هو قد ترتب بعد إعلان الحوالة » (مجموعة الأعمال التفسيرية ٣ ص ٢٨٦) .

(٢) ورد فى التقنين المدنى المرافق نص فى المقاصة الاختيارية ، هو نص المادة ٤٠٩ من هذا التقنين (أنظر آنفاً فقرة ٥٣٢ فى الهامش) . ولم يرد له نظير ، لا فى التقنين المدنى المصرى ، ولا فى التقنينات المدنية العربية الأخرى .

فقد سكّت ههما ، وترك أحكامهما تسرى عليها القواعد العامة ، وبخاصة قواعد قانون المرافعات فيما يختص بالمقاصة القضائية .

وسنورد في إيجاز أحكام كل من هذين النوعين من المقاصة ، مستمدتين إياها من القواعد العامة .

المبحث الأول

المقاصة الاختيارية

(Compensation facultative ou conventionnelle)

٥٥٧ — الأموال التي تجرى فيها المقاصة الاختيارية : قد يوجد دينان ولكن لا تتوفر فيهما كل شروط المقاصة القانونية التي أوردناها .

فقد لا يكون هناك تقابل ما بين الدينين ، بأن يكون أحد الدينين في ذمة الدائن للكفيل والدين الآخر في ذمة المدين للدائن ، وقد علمنا أن المقاصة القانونية لا تقع في دين للكفيل في ذمة الدائن . وقد يكون الدين في ذمة المدين للدائن والدين الآخر في ذمة الدائن لأجنبي ، فلا تقع المقاصة القانونية ما بين الدينين لأنهما غير متقابلين .

وقد لا يكون هناك تماثل في المحل ما بين الدينين ، فقد يكون محل أحد الدينين مقداراً معيناً من القطن ويكون محل الدين الآخر نقوداً أو مقداراً معيناً من القمح ، فلا تجرى المقاصة القانونية ما بين الدينين لعدم التماثل في المحل .

وقد يكون أحد الدينين غير صالح للمطالبة به قضاءً بأن يكون التزاماً طبيعياً يقابله التزام مدني ، فلا تجرى المقاصة القانونية ما بين هذين الالتزامين .

وقد يكون أحد الدينين غير خال من النزاع أو غير معلوم المقدار ، فتمتنع المقاصة القانونية ما بين الدينين .

وقد يكون أحد الدينين غير مستحق الأداء بأن كان مضافاً إلى أجل ، فلا تجرى المقاصة القانونية بينه وبين دين مقابل مستحق الأداء .

وقد يكون أحد الدينين غير قابل للحجز كدين النفقة ، فتمتنع المقاصة القانونية بينه وبين دين مقابل قابل للحجز .

وقد يكون أحد الدينين مما لا تجرى فيه المقاصة القانونية استثناء ، كأن يكون شيئاً نزع دون حق من مالكة أو شيئاً مودعاً أو معاراً .

وقد استعرضنا فيما قدمناه الأسباب المختلفة التي تمنع من وقوع المقاصة القانونية ، سواء كان ذلك يرجع لاختلال شرط من شروط هذه المقاصة أو يرجع لعدم صلاحية الدين نفسه للمقاصة لاعتبار خاص فيه .

وهذه الأسباب المختلفة ترجع إلى رعاية مصلحة أحد الطرفين أو إلى رعاية مصلحتهما معاً ، لأن المقاصة القانونية إنما شرعت لمصلحة خاصة ، فهي ليست من النظام العام كما قدمنا .

فاذا تبين أن سبباً منها يرجع إلى رعاية مصلحة أحد الطرفين ، ونزل هذا الطرف عن حقه ، فيكفي أن يعلن إرادته في إجراء المقاصة حتى تجرى ، ولكنها تجرى مقاصة اختيارية لا مقاصة قانونية . وإذا تبين أن السبب يرجع إلى رعاية مصلحة كل من الطرفين ، فلا بد أن يتفق كلاهما على إجراء المقاصة ، ولا يكفي رضاء أحدهما ، فإذا اتفقا أجريت المقاصة اختيارية لا قانونية (١) .

ولنستعرض الآن مرة أخرى الأحوال التي قدمناها ، لنرى كيف تتم المقاصة الاختيارية في كل منها ، أتمم بإرادة أحد الطرفين أم لا تتم إلا باتفاقهما .

فأما إذا لم يوجد تقابل بين الدينين ، كأن يكون أحد الدينين في ذمة الدائن للكفيل أو في ذمة الدائن لأجنبي ، فإنه إذا لم يجز للمدين أن يتمسك بالمقاصة

(١) حل أن المقاصة الاختيارية حدوداً لا تتخطاها إرادة الطرفين ، وهذه هي منطقة النظام العام . فهي لا تجوز بعد شهر الإفلاس ، بل ولا في المدة المشتبّه فيها . كذلك لا يجوز أن يجبرها رب العمل على البيوع التي له على العمال يقاس بها مرتباتهم وأجورهم (بلانويل وريير وردوان ٧ فقرة ١٢٩٤) .

بين الدين الذى فى ذمته للدائن والدين الذى فى ذمة الدائن للكفيل ، فان الكفيل له أن يتمسك بالمقاصة بين الدين المكفول والدين الذى له فى ذمة الدائن ، وبذلك ثم مقاصة اختيارية ما بين الدينين أجراها الكفيل بإرادته وحده ، وكانت المقاصة القانونية ممتنعة لمصلحته فنزل عن هذه المصلحة (١) . كذلك إذا لم يجز للمدين أن يتمسك بالمقاصة بين الدين الذى فى ذمته للدائن والدين الذى فى ذمة الدائن للأجنبي ، فان الأجنبي يستطيع بإرادته وحده أن يجرى مقاصة اختيارية بين الدين الذى فى ذمة الدين للدائن والدين الذى فى ذمة الدائن له ، وكانت المقاصة القانونية ممتنعة لمصلحته فنزل عن هذه المصلحة (٢) .

وإذا لم يوجد تماثل فى المحل ما بين الدينين ، كأن يكون محل أحدهما قطعاً ومحل الآخر قمحاً أو نقوداً ، كان من الممكن لإجراء المقاصة الاختيارية ، بأن يتفق الطرفان معاً على إجراء هذه المقاصة ما بين الدينين وإن لم يتماثل المحل فهما . وكانت المقاصة القانونية ممتنعة لمصلحة كل من الطرفين ، فنزلاً عن هذه المصلحة باتفاقهما (٣) .

وإذا كان أحد الدينين غير صالح للمطالبة به قضاء ، كالالتزام الطبيعى ، جاز للملتزم بإرادته وحده أن يجرى المقاصة الاختيارية بين هذا الالتزام الطبيعى الذى عليه لدائته والتزام مدنى فى ذمة دائته له . ذلك أن المقاصة القانونية إنما امتنعت رعاية لمصلحته وحده ، وقد نزل عن هذه المصلحة .

وإذا كان أحد الدينين غير خال من النزاع ، أمكن المدين فى هذا الدين

(١) أنظر أيضاً فقرة ٥٣٣ فى الهامش وفقرة ٥٥٠ .

(٢) بل يستطيع الأجنبي أن يحول حقه قبل للدائن إلى المدين ، ويكن إعلان الدائن لتكوين الحوالة نافذة فى حقه . فلذا تمت الحوالة أصبح المدين دائناً لدائته ، فوفقت المقاصة القانونية بين الدينين (بودى وبارد ٣ فقرة ١٨٨٥ ص ٢٢٥) — أنظر فى ذلك : لا رومبير ٥ م ١٢٩٣ فقرة ١٨ — ديمولوب ٢٨ فقرة ٢٦ — فقرة ٧٧ — بودى وبارد ٣ فقرة ١٨٨٥ — عكس ذلك : ديرانتون ١٢ فقرة ١٧ — لوران ١٨ فقرة ٤٢٠ . وكذلك يستطيع الأجنبي أن يقبل حوالة الدين الذى فى المدين إلى ذمته ، برضاء الدائن أو بإقراره وفقاً للقواعد المقررة فى حوالة الدين ، فيصبح مدئناً للدائن ودائناً له ، فتصح المقاصة (أنظر أيضاً فقرة ٥٣٣ فى الهامش) .

(٣) أنظر تطبيقاً تقريظياً فى التقنين المدنى الفرنسى فى المادة ١٢٩١/٢ من هذا التقنين . وأنظر بلابلول وريبير ودوجان ٧ فقرة ١٢٩٣ .

أن ينزل عن المنازعة فيه، فيجرى بارادته وحده المقاصة الاختيارية بين الدينين .
كذلك إذا كان أحد الدينين غير معلوم المقدار ، أمكن الطرفين معاً أن يحددا
مقداره ، وأن يجرى المقاصة الاختيارية بين الدينين باتفاقهما .

وإذا كان أحد الدينين مضافاً إلى أجل والدين الآخر مستحق الأداء ،
فن كان الأجل في مصلحته له أن ينزل عنه . فإن كان هو المدين أو كان هو
الدائن ، أجرى المقاصة الاختيارية بارادته وحده . وإن كان الأجل لمصلحة
الطرفين معاً ، أجريت المقاصة الاختيارية باتفاقهما .

وإذا كان أحد الدينين غير قابل للمعجز ، كأن كان على الدائن بالنفقة دين
في ذمته لمدينه ، جاز لهذا الدائن أن يجرى المقاصة الاختيارية بارادته وحده
بين دين النفقة الذي له والدين الذي في ذمته .

وإذا كان أحد الدينين مما لا يجرى فيه المقاصة القانونية ، كأن كان شيئاً نزع
دون حق من مالكة أو كان شيئاً مودعاً أو معاراً ، جاز لمن نزع منه ملكه
أو للمودع أو للمعير أن يجرى المقاصة الاختيارية بارادته وحده بين الدينين .

ورى من ذلك أن المقاصة الاختيارية يمكن إجراؤها حيث يقوم مانع من
وقوع المقاصة القانونية ، ويكون هذا المانع قد روعيت فيه مصلحة أحد
الطرفين أو كليهما . فينزل من روعيت مصلحته عن هذه المصلحة ، فيتم إجراء
المقاصة الاختيارية بارادة أحد الطرفين أو باتفاقهما معاً بحسب الأحوال (١).

٥٥٨ - الآثار التي تترتب على المقاصة الاختيارية : رأينا أن

المقاصة القانونية تقع بمجرد تلاقى الدينين . بل إن المقاصة التي تم بإعلان عن
الإرادة ، في القوانين الهرمانية ، تقضى الدينين من وقت تلاقيهما بأثر رجعي .
وهذا بخلاف المقاصة الاختيارية ، فانها لا تنتج أثرها إلا من وقت إعلان
صاحب المصلحة إرادته في إجرائها . فلا تستند إلى الماضي ، ولا ينقض الدينان
من وقت تلاقيهما ، بل من وقت إعلان الإرادة في إجرائها ، لإرادة أحد

(١) بلانكول وريبير وروداو ٧ فقرة ١٢٩٢ .

الطرفين أو إرادة كل منهما بحسب الأحوال (١).

وتقتضى المقاصة الاختيارية الدينين معاً كما تقتضيهما المقاصة القانونية ، فتقطع الفوائد ، وتزول التأمينات . ولا يجوز الرجوع في المقاصة الاختيارية ، ولو كانت قد تمت بإرادة أحد الطرفين ، إلا باتفاقهما معاً . وإذا اتفق الطرفان على الرجوع فيها ، لم يضار الغير بذلك ، فلا تعود التأمينات التي تكون قد زالت ، توكيلاً للإضرار بحق الغير (٢).

ولا يجوز أن تقتضين المقاصة الاختيارية وفاء جزئياً يجبر عليه الدائن . فلا يجوز لإجراء مقاصة اختيارية بين دينين غير متساويين ، إلا برضاء الدائنين الأكبر ، وقد قدمنا أن الوفاء الجزئي لا يجوز إلا برضاء الدائنين (٣).

المبحث الثاني

المقاصة القضائية

(Compensation judiciaire ou reconventionnelle)

٥٥٩ — **الأحوال التي تجري فيها المقاصة القضائية :** تجري المقاصة

القضائية أمام القضاء بدعوى عارضة من المدعى عليه كما سنرى . ولا يد أن

- (١) نفس مدني ٤ أبريل سنة ١٩٤٦ مجموعة محر ٥ رقم ٥٧ ص ١٤٤ — ديمولوب ٢٨ فقرة ٦٧١ — فقرة ٦٧٣ — لاروسبيير ٥ م ١٢٩٣ فقرة ١٦ — لوران ١٨ فقرة ٤٦٩ — بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٨٧ — بلانويك وديبير وردوان ٧ فقرة ١٢٩٥ .
· وإذا وقع نزاع في صحة إجراء المقاصة الاختيارية ، حكم القاضي النزاع . ولكن لا تتقلب المقاصة الاختيارية بذلك إلى مقاصة قضائية ، فإن القاضي لا يملك في المقاصة الاختيارية سلطة تقديرية ، بل يمتن عليه أن يقضى بقرعها إذا كانت شروطها متوافقة . وهو يملك هذه السلطة التقديرية في المقاصة القضائية ، كما سنرى . وإذا وقع الدائن على المدين دعوى الدين ، وأراد المدين إجراء المقاصة الاختيارية ، لم يكن في حاسبه أن يرفع دعوى فرعية كما هو الأمر في المقاصة القضائية على ماسنرى ، بل يكفي أن يقدم إلى المحكمة طلباً بذلك (بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٨٦) .

(٢) بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٨٦ ص ٢٢٦ .

(٣) ديمولوب ٢٨ فقرة ٦٦٤ — هيك ٨ فقرة ١٧٢ — بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٨٤ —

عكس ذلك لاروسبيير ٥ م ١٢٩٣ فقرة ١٤ .

تكون في دينين متقابلين^(١) تمتنع فيها على المدعى عليه المقاصة القانونية ، وتعتبر المقاصة الاختيارية . ذلك أنه لو كانت المقاصة القانونية جائزة ، لوقعت من تلقاء نفسها بحكم القانون ومن وقت تلاقى الدينين ، ولما احتاج المدعى عليه أن يرفع بها دعوى عارضة ، بل لاقتصر على الدفع بالمقاصة القانونية ، ولتحم على القاضى الحكم بها متى ثبت له وقوعها . وكذلك لو كانت المقاصة الاختيارية ممكنة للمدعى عليه لاستطاع بإرادته وحده أن يجرى هذه المقاصة فتقع من وقت إعلان هذه الإرادة ، ولما احتاج إلى دعوى عارضة ، بل اقتصر على الدفع بوقوع المقاصة الاختيارية ، فتحم على القاضى الحكم بها .

فالمقاصة القضائية تكون إذن في الأحوال التي لا تتوافر فيها شروط المقاصة القانونية ، ويكون الشرط أو الشروط المتخلفة ليست من الشروط التي روعيت فيها مصلحة المدعى عليه وحده وإلا لأمكن هذا أن ينزل عنها وأن يجرى المقاصة الاختيارية بدلا من الالتجاء إلى المقاصة القضائية الأكثر تعقيدا . ويبدو أن المقاصة القضائية تكون حيث يتخلف من شروط المقاصة القانونية أحد شرطين : الحل من النزاع ومعلومية المقدار^(٢) . فقابل الدينين وصلاحيتهما للمطالبة بهما قضاء وقابليتهما للحجز واستحقاقهما للأداء^(٣) ، كل

(١) ولا يشترط أن يكون بين الدينين أية رابطة (لارومبيير م ١٢٩٣ فقرة ٢٠ — ديهولوب ٢٨ فقرة ٦٨٩ — فقرة ٦٩٠ — لوران ١٨ فقرة ٤٨١) . ولكن القضاء البلجيكي يشترط وجود رابطة بين الدينين (أنسكلويدى دالوز ١ لفظ compensation فقرة ٢٤٠) .

(٢) ولما كان التفتين المدى الألماني يميز المقاصة القانونية في الديون غير الحالية من النزاع (انظر آنفاً فقرة ٥٣٦ في الهامش) ، فقد أصبحت المقاصة القضائية ليس لها إلا محل محدود جداً في هذا التفتين (انظر التعليقات على التفتين المدى الألماني جزء أول م ٣٨٧ فقرة ٢ — فقرة ٣) .

(٣) حل أن هناك طريقة عملية لمقاصة دين مؤجل في دين مستحق الأداء ، إذا رأى القاضي في ظروف معينة أن هذه المقاصة عادلة . وصيهل إلى ذلك أن يمنح الدين المستحق الأداء لفترة المصرة ، ويحمل النظرة تمتد إلى وقت حلول الأجل في الحق الذي للدين على الدائن . فتتبقى لفترة المصرة في الدين في الوقت الذي يحمل فيه الأجل في الحق ، فيصبح الدينان مستحق الأداء ، فيتقاسمان (انظر في ذلك بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٨٩ — أنسكلويدى دالوز ١ لفظ compensation فقرة ٢٤٢) .

هذه شروط لابد من توافرها حتى في المقاصة القضائية ، ولا يتصور أى نوع من المقاصة بدونها . كذلك التماثل في المحل ما بين الدينين لابد منه حتى في المقاصة القضائية ، فيلزم التماثل لا يمكن القاضي أن يستنزل أحد الدينين من الدين الآخر ، وليس أمامه إلا أن يقضى بالدينين جميعاً ، وهذه ليست مقاصة (١) . فلا يبقى إذن إلا أن يكون الدينان خاليين من النزاع معلومى المقدار وهذان شرطان يمكن أن يتخلف أحدهما أو كلاهما ، وهنا يلجأ المدعى عليه إلى المقاصة القضائية ، إذا تعلقت عليه المقاصة الاختيارية بأن يكون حسم النزاع في الدين أو تحديد مقداره متوقفاً على رضا الطرف الآخر وبأى هذا أن يضى معه .

فاذا رفع المدعى دعوى يطالب فيها المدعى عليه بدین معلوم المقدار بموجب سند مكتوب ، فادعى المدعى عليه أن له في ذمة المدعى تعويضاً وطلب المقاصة به فتنازع المدعى في التعويض أو سلم به ولكنه دفع بأنه تعويض لم يقدر ، فهنا لا يستطيع المدعى عليه أن يدفع دعوى المدعى ، لا بالمقاصة القانونية لأن شروطها لم تتوافر ، ولا بالمقاصة الاختيارية لأن الشرط المتخلف لا يستطيع المدعى عليه وحده أن ينزل عنه بل لابد من رضا المدعى وهو باق . فلا يبقى أمام المدعى عليه إلا المقاصة القضائية ، يلجأ إليها على الوجه الذى تنولى الآن بيانه (٢) .

(١) يودى وبارد ٣ فقرة ١٨٨٩ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٩٦ — جوسران ٢ فقرة ٩٤٤ — دى باج ٣ فقرة ٦٦٧ — الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ١٠٠ — الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ٢٩٦ .

(٢) وقد يكون الدين الذى للمدعى هو أيضاً محل نزاع أو غير معلوم المقدار ، ومن أجل ذلك رفع به الدعوى . فإذا تنازع شخصان ، ووقع كل منهما حل الآخر دعوى تعويض ، جاز للقاضى أن يجرى المقاصة القضائية بين الطرفين . وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه إذا تناول كل من طرفي الخصوم حل صاحبه بالقدف ، وطلب كلاهما من الآخر تعويضاً ، جاز للمحكمة المحكم بسقوط حق كل منهما قبل الآخر لتكافؤ السئات (١٢ مايو سنة ١٩٠٠ المجموعة الرسمية ٢ ص ٥٢) .

٥٦٠ - كيف تجري المقاصة القضائية وما يترتب عليها من الآثار:

لا تكون المقاصة القضائية إلا في صورة دعوى أمام القضاء ، وهي عادة تكون عارضة (demande reconventionnelle) يرفعها المدعى عليه على المدعى يدفع بها الدعوى الأصلية (١) . وقد نصت المادة ١٥٢ من تقنين المرافعات على هذه الدعوى صراحة ، إذ تقول : « للمدعى عليه أن يقدم من الطلبات العارضة : (١) طلب المقاصة القضائية ... » .

ويطلب المدعى عليه في هذه الدعوى العارضة من القاضي أن يسقط قصاصاً الدين المطلوب منه في دين يدهيه على المدعى ، بأن يفيض النزاع في خصوص هذا الدين الذي يدهيه على المدعى إذا كان الدين متنازعاً فيه ، أو أن يبين مقدار هذا الدين إذا لم يكن معلوم المقدار ، ثم يجري المقاصة القضائية بعد ذلك (٢) .

وللقاضي حرية كاملة في تقدير هذا الطلب الذي يتقدم به المدعى عليه في دعواه العارضة . فقد يرى منذ البداية أن هذه الدعوى العارضة ليس لها أساس واضح ، فيرفض النظر فيها ويقتصر على النظر في الدعوى الأصلية ، ويبقى للمدعى عليه أن يرفع دعوى مستقلة بما يدهيه من الدين إذا شاء . وقد يرى القاضي أن الدعوى العارضة لها أساس ، ولكنها من التعقيد والغموض بحيث تكون في حاجة إلى تحقيق واسع وإجراءات طويلة من شأنها أن تعطل الفصل في الدعوى الأصلية ، فيرفض هنا أيضاً النظر فيها ، مع الدعوى الأصلية ،

(١) ويجوز أن يبادر الطرف صاحب الحق المتنازع فيه أو غير معلوم المقدار إلى رفع دعوى أصلية بحق ، دون أن يقتصر رفع دعوى عليه من الطرف الآخر ، وذلك حتى يصل من طريق القضاء إلى حسم النزاع في حقه أو إلى تحديد مقداره ، تمهيداً لإجراء المقاصة . وفي هذه الحالة يحسن به أن يحتاط ، فيبادر عند رفع الدعوى إلى توقيع حجز تحت يد نفسه على الدين الذي في ذمته الطرف الآخر ، حتى لا يمد هذا إلى التصرف فيه ، كأن يحوله إلى آخر قبل أن تصبح المقاصة ممكنة (بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٩٦) .

(٢) ولا يجوز للمدعى أن يدفع هذه الدعوى العارضة بدعوى عارضة أخرى ، إلا إذا كانت الدعوى العارضة الأولى من شأنها إذا نجحت ألا تقتصر على استنفاد الدين الذي له ، بل تزيد على هذا الدين فتجعل المدعى مدنياً للمدعى عليه (بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٩٣ — أنسيكلويدى دالوز ١ لفظ compensation فقرة ٢٤٣) .

مستقبياً إليها للفصل فيها فيما بعد ، أو تاركاً للمدعى عليه أن يرفع بطلبه دعوى مستقلة (١) . وقد يرى القاضى أخيراً أن الدعوى العارضة بما يتيسر البت فيه مع الدعوى الأصلية ، فينظر الدعويين معاً (٢) ، وقد يرفض إحداها دون الأخرى ، أو يرفضهما معاً ، أو يقبلهما معاً ، بحسب الأدلة التى تتقدم بها الخصوم . وإلى كل ذلك تشير المادة ١٥٥ من تقنين المرافعات ، إذ تنص على أن « تحكم المحكمة على وجه السرعة فى كل نزاع يتعلق بقبول الطلبات العارضة أو التدخل . ولا يترتب على الطلبات العارضة أو التدخل أرجاء الحكم فى الدعوى الأصلية متى كانت صالحة للحكم فيها . وتحكم المحكمة فى موضوع الطلبات العارضة أو طلبات التدخل مع الدعوى الأصلية كلما أمكن ذلك ، وإلا استبقت الطلب العارض أو طلب التدخل للحكم فيه بعد تحقيقه (٣) » .

(١) فلا يحظر للقاضى دون مقتضى الفصل فى الدعوى الأصلية ، وبخاصة إذا كان غير مختص بنظر الدعوى العارضة اختصاصاً نوعياً (استئناف مخطط ١٨ ديسمبر سنة ١٨٨٩ م ٢ ص ٣٣٧) ، أو رأى أن الدعوى العارضة إنما أريد بها تعطيل الدعوى الأصلية : استئناف مخطط ١٥ أبريل سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٢١٧ — ١٦ ديسمبر سنة ١٨٩٧ م ١٠ ص ٥٢ — ٩ فبراير سنة ١٨٩٦ م ١١ ص ١٢٥ — ١١ يناير سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٧٥ — ١٣ ديسمبر سنة ١٩٠٠ م ١٣ ص ٤٧ — ٧ مارس سنة ١٩٠٧ م ٢٩ ص ١٤٠ — ٢٧ يناير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ١٤٦ — ٢ مارس سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ١٦٦ — ٨ ديسمبر سنة ١٩١٠ م ٢٣ ص ٦٨ — ١٠ يونيو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٤١٤ — ١٠ ديسمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٥٩ — ٥ أبريل سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٣٥ — ١٧ مايو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٣٨ — ٢٨ مارس سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٣٣٠ — ٢٠ مارس سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ٢٢٨ — ٩ ديسمبر سنة ١٩٢٠ م ٣٣ ص ٦٧ — ١١ يونيو سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٣٩١ — ٤ نوفمبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ١١ — ٢١ نوفمبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ٤٣ — ١٤ يونيو سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤٣٢ — ٢ أبريل سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٢٩ — ٤ نوفمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ١ . ولا تقبل دعوى عارضة المناقصة فى حق ملكية مرفوع به دعوى أصلية : استئناف مخطط ٣١ مارس ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٠٤ .

(٢) وبخاصة إذا كانت الدعوى العارضة مرتبطة بالدعوى الأصلية ارتباطاً وثيقاً ، فإن هذا يجسب جواً مناسباً لقبول النظر فيها ، والفصل فى الدعويين معاً لإجراء المناقصة إن كان لها وجه : استئناف مخطط ٢١ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٣١٠ . وأنظر أيضاً : استئناف مخطط ١١ أبريل سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٢٢١ — ٢٣ يناير سنة ١٩٠٧ م ٢٩ ص ٩٩ — ٢٤ أبريل سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٣٩٩ — ٢٥ أكتوبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٢ .

(٣) وقد يوقف القاضى للدعوى الأصلية ، حتى يترك المدعى عليه فرصة لتصفية الحق الذى له فى ذمة المدعى ، تمهيداً لإجراء المناقصة : استئناف مخطط ١٦ مارس سنة ١٨٩٨ م ١٠ —

فاذا قبل القاضي كلا من الدعوى الأصلية والدعوى العارضة ، بعد أن فض النزاع في شأن الدين الذي يدعيه المدعى عليه في ذمة المدعى أو بعد أن عين مقداره ، فانه يجرى المقاصة القضائية بين الدينين بعد أن أصبحت المقاصة ممكنة . فينقضى الدينان بقدر الأقل منهما ، كما في المقاصة القانونية . فاذا كان دين المدعى هو الأكبر ، قصى له بما زاد به دينه . وإذا كان دين المدعى عليه هو الأكبر ، قضى للمدعى عليه بالزيادة . وإذا كان الدينان متساويين ، قضى بإيقاع المقاصة في كل من الدينين وبانقضائهما معاً .

وحكم القاضي هو الذي ينشئ المقاصة القضائية ، ومن ثم لا تقع هذه المقاصة إلا من وقت صدور الحكم بها ، لا من وقت رفع الدعوى العارضة ، لأن الحكم هنا منشئ وليس كاشفاً . وفي هذا تختلف المقاصة القضائية عن كل من المقاصة القانونية التي تقع من وقت تلاقى الدينين ، والمقاصة الاختيارية التي تقع من وقت إعلان الإرادة في إجرائها (١) .

— ص ١٩٦ — بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٨٨ . وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن ليس لدائن التي دينه معلوم المقدار أن يجرى تنفيذ حكمه ، بل يجب عليه الانتظار حتى يصنى الدين الذي لدينه فتحصل المقاصة (٢١ ديسمبر سنة ١٩١٤ الشرائع ٢ رقم ١٣١ ص ١٢٢) .
(١) لوران ١٨ فقرة ٤٧٦ — هيك ٨ فقرة ١٧٣ — بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٩٤ — فقرة ١٨٩٥ — حل أن عدداً كبيراً من الفقهاء يذهبون إلى أن المقاصة القضائية كاشفة لملفئة فتستند إلى وقت رفع الدعوى العارضة (لارومبيير ٥ م ١٢٩٣ فقرة ٢٦ — ديجولومب ٢٨ فقرة ٦٩١ — أوبري وود ٤ فقرة ٣٢٨ ص ٣٩٧ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٩٧) . ويذهب البعض إلى جعل المقاصة القضائية كاشفة فيما بين الطرفين ، ومنشئة بالنسبة إلى الغير من كسب حقاً حل أحد الدينين (أنسيكلوبيدى دالورز ١ لفظ compensation فقرة ٢٢٨) .

وكان القضاء المختلط منطبق في هذه المسألة ، فبعض الأحكام تذهب إلى أن المقاصة القضائية كاشفة تستند إلى وقت تلاقى الدينين (استئناف غنطل ١٢ مايو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٣٨٢ — ١١ فبراير سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ١٥٧) ، وأحكام أخرى تذهب إلى أنها منشئة تحدث أثرها لوقت صدور الحكم (استئناف غنطل ١٥ مايو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٨١ — ٢٤ مايو سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٣١٩) . وهناك حكم يقضى بأنه إذا كان النزاع في الدين ما يسهل فضه ، وجب اعتبار الدين غير متنازع فيه ويصلح للمقاصة القانونية (استئناف غنطل أول أبريل سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ١٧٧) . ولعل هذا الحكم هو الذي يرفع التنازع ما بين الأحكام المتقدمة الذكر . فإذا كان النزاع ما يسهل فضه في يسر وسرعة اعتبر الدين غير متنازع فيه وكانت المقاصة قانونية —

ويترتب على إجراء المقاصة القضائية من الآثار ما يترتب على المقاصة القانونية . فينقضى الدينان المتقابلان بقدر الأقل منهما كما بينا ، وتنقطع القوائد وذلك من وقت صدور الحكم بالمقاصة ، ونزول التأمينات التي كانت تكفل أيا من الدينين وذلك أيضا من وقت صدور الحكم ، ولكن لا يسرى زوال التأمينات في حق الغير إلا بالتأشير بذلك في هامش القيد .

— ترجع إلى يوم تلاقى الدينين ، أما إذا كان النزاع لا يسهل فله اعتبر الدين متنازعا فيه ^{تحت} المقاصة قضائية تحدث أثرها وقت صدور الحكم النهائي . حل أنه يلاحظ — بقرن التسليم أن المقاصة القضائية إنما يقتصر على استكمال شروط المقاصة القانونية ، وأنه متى عاقرت هذه الشروط وقمت المقاصة بحكم القانون — أن هذه الشروط لا تستكمل قبل ولا وقت صدور الحكم ، فلا تقع المقاصة إلا في هذا الوقت ، سواء احتوت مقاصة ^{قانونية} أو مقاصة ^{قضائية} .

(قارن الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ٢٩٦ ص ٩٣٤) .

الفصل الرابع

اتحاد الزمة (*)

(Confusion)

٦٥١ - مقارنة بين اتحاد الزمة والمخاصة : يتحقق اتحاد الزمة إذا اجتمع في شخص واحد صفتا الدائن والمدين بالنسبة إلى دين واحد (١). فالمفروض إذن أن هناك ديناً واحداً ، فورث الدائن المدين أو ورث المدين الدائن ، أو تحقق أى سبب قانونى آخر غير الميراث نقل إلى الدائن صفة المدين أو نقل إلى المدين صفة الدائن ، فاجتمع بذلك في شخص أحد طرفي الدين صفتا الدائن والمدين . وتعلمر إذن على هذا الشخص أن يمارس حقه ، إذ هو دائن ومدين ، ولا يستطيع أن يطالب نفسه بالدين . ومن ثم يتقضى الدين ، أو في الصحيح يقف نفاذه ، لهذا الضرب من الشلل الذى اعتراه (٢) ، كما سنرى .

* مراجع : مولان (Moulin) شراء الشركة لأسمها رسالة من باريس سنة ١٩٣١ — لاجارد (Lagarde) شراء الشركة لأسمها — لاييه (Labbé) بحث في بعض السمويات الخاصة بضمان الشيء المستحق وباتحاد الزمة في القانون الرومانى .

(١) وكما يتحقق اتحاد الزمة (confusion) في الدين ، يتحقق أيضاً في الحقوق العينية ويسمى بالتجميع أو الإدغام (consolidation) . فينتهى حق الارتفاق باجتماع المرتفق به والمقرق في يد مالك واحد (١٠٢٦ مدنى) . وينتفى حق الرهن الخياري إذا اجتمع مع حق الملكية في يد شخص واحد (م ١١١٣ مصرى) . وينتفى حق الانتفاع إذا اجتمع مع حق الرقبة في يد شخص واحد ، بأن مات صاحب الرقبة وورثه صاحب حق الانتفاع . انظر بودرى وهارد ٣ فقرة ١٨٩٧ ص ٢٢٢ . وانظر في لقانون المدنى العراق في هذه المسألة مقالا للاستاذ ضياء شيت خطاب في مجلة القضاء ببغداد السنة ١٥ ص ٢٠٠ وص ٢٠٨ — ص ٢١١ .

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « والواقع أن هذا الأثر أقرب في حقيقته إلى شل حكم الاستحقاق ، وهو المطالبة ، منه إلى منى الانتضاء . فالالتزام يود إلى الوجود ، إذا زال السبب الذى أدى إلى اتحاد الزمة زوالاً مستقلاً » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٩١ . وانظر أيضاً ص ٢٩٢ — ص ٢٩٣) .

ويتبين مما تقدم أن هناك فرقاً جوهرياً بين اتحاد اللمة والمقاصة . ففي اتحاد اللمة لا يوجد إلا دين واحد (١) اجتمع في أحد طرفيه صفتا الدائن والدين ، فوقف نفاذه . أما في المقاصة فقد رأينا أنه يوجد ديتان متقابلان لا دين واحد ، ولكن الدائنين في الدين الأول هو المدين في الدين الآخر والدائنين في الدين الآخر هو المدين في الدين الأول . فيوجد إذن في المقاصة شخصان : دائن هو مدين ، ومدين هو دائن . أما في اتحاد اللمة بعد تحققها فلا يوجد إلا شخص واحد ، هو دائن ومدين في وقت واحد . والمقاصة تقضى الدينين المتقابلين ، كما في الوفاء . أما اتحاد اللمة فلا يقضى الدين الواحد الذى اتحدت اللمة فيه ، بل يقف نفاذه (٢).

٥٦٢ — الأهمية المحرورة لاتحاد الزمة : وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « ليس لاتحاد اللمة حظ موفور من الأهمية من الناحية العملية . وقد أغفله التقنين الألماني ، ولو أنه أقره بطريق ضمني . ذلك أن واضعي هذا التقنين اعتبروه سبباً طبيعياً لانقضاء الالتزام من حيث هو حتم تقتضيه طبيعة اجتماع صفتي الدائن والمدين في الشخص الواحد ، وانتهوا إلى أن أثره يتفرع لزماً على جوهر الالتزام ذاته : تعليقات على التقنين الألماني ١ ص ٥٥١ (٢) .

وهناك سبب آخر — في مصر — يجعل اتحاد اللمة محدود الأهمية من الناحية

(١) قارن المادة ١٣٠٠ من التقنين المدنى الفرنسى وهى تتحدث في اتحاد اللمة عن ديتين خطأ (بوردى وهارد ٣ فقرة ١٨٩٧ ص ٢٢٤ — بيدان ولاجارد ٩ فقرة ١٠٦٣) .

(٢) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٩٢ — وجاء في الموجز : « ولدى بحث الشبهة هو أن الشخص الواحد ، في كل من اتحاد اللمة والمقاصة ، يصبح دائماً ومدين . لكن يلاحظ أن الشخص في اتحاد اللمة يصبح دائماً ومدين في دين واحد ، أما في المقاصة فإنه يكون دائماً في دين ومدين في دين آخر » (الموجز المؤلف فقرة ٥٩٤ ص ٦١٦) .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٩٢ — وقد أغفل التقنين الألماني ذكر سببين لانقضاء الالتزام كان من المألوف ذكرهما منذ عهد القانون الرومانى ، وهما التجديد واتحاد اللمة . وكان اتحاد اللمة مذكوراً في المشروع الأول من التقنين الألماني ، ولكنه حذف في المشروع الثانى باعتباره أنه أمر تقتضيه طابع الأشياء ، فلا حاجة إلى ذكره (تعليقات على التقنين المدنى الألماني جزء أول ص ١١١) .

العملية . ذلك أن اتحاد الذمة يتحقق ، أكثر ما يتحقق ، عن طريق الميراث . وله صورتان : (الصورة الأولى) حيث يرث للمدين الدائن ، فتكون التركة هي الدائنة للمدين ، ويرث المدين هذا الحق الذي للتركة ، فتتحد الذمة في الدين . وهذا صحيح في مصر ، لأن قواعد الفقه الإسلامي - وهي التي تطبق في الميراث - تنقل إلى الورثة الحقوق التي للتركة . (والصورة الثانية) حيث يرث الدائن المدين ، فتكون التركة هي المدينة للدائن ، والدائن هو الوارث . وهنا تأبى قواعد الفقه الإسلامي أن تتحد الذمة في الدين ، إذ أن الدائن لا يرث الدين الذي على التركة ، فالديون لا تورث ، ولا تركة إلا بعد سداد الدين . فتبقى التركة منفصلة عن مال الدائن حتى تسدد دينها لهذا الدائن ، ثم يرث الدائن بعد ذلك من التركة ما يبقى بعد سداد الديون ، فلا يكون هناك مجال لاتحاد الذمة في هذه الصورة . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا المعنى : « ورغم أن نصيب هذا النظام من الأهمية في مصر جد ضئيل ، إذ أن الشريعة الإسلامية لا تقر أحد تطبيقاته الرئيسيين ، فقد أفرد له المشروع مادتين (أدجمتا بعد ذلك في مادة واحدة) ، تناول في أولهما تحديد نطاقه ، واستظهر في الثانية معنى الأثر المترتب عليه » (١).

فنبعث إذن في اتحاد الذمة موضوعين :

(أولا) كيف يتحقق اتحاد الذمة ، فنحدد بذلك نطاقه .

(ثانياً) الآثار التي تترتب على اتحاد الذمة .

الفرع الأول

كيف يتحقق اتحاد الذمة

٥٦٣ - عن طريق الميراث : أكثر ما يتحقق اتحاد الذمة عن طريق

الميراث كما قلنا . فيكون هناك شخص مدين لآخر ، وهو في الوقت ذاته وارثه . فإذا مات الدائن ، أصبحت تركته دائنة للمدين بمبلغ الدين . فإذا

فرضنا أن المدين هو الوارث الوحيد للدائن ، فانه يرث كل الدين الذى للتركة فى ذمته ، فيصبح دائناً فى هذا الدين نفسه ، وتجتمع فيه صفتا المدين والدائن ، فينتضى الدين أو يقف نفاذه عن طريق اتحاد اللمة . وإذا كان المدين هو أحد وارثين يرث كل منهما النصف ، فقد ورث من الدين نصفه ، فانحللت اللمة فى هذا النصف ، فانقضى أو وقف نفاذه . أما النصف الآخر من الدين ، فيبقى المدين ملتزماً به نحو الوارث الآخر .

وإذا كان الدائن هو الوارث للمدين ، ومات المدين ، فقد أصبحت تركته مدينة للدائن . وسواء كان الدائن هو الوارث الوحيد للمدين أو هو أحد الورثة ، فانه طبقاً لقواعد الشريعة الإسلامية وهى التى تسرى فى الميراث ، وإن كان يرث الدين الذى للتركة ، لا يرث الدين الذى على التركة . ومن ثم لا بد من سداد الدين أولاً ، فيستوفى الدائن هذا الدين من التركة . وعند ذلك تصبح التركة خالية من الديون ، فيرثها الدائن وحده أو مع غيره . ومن أجل ذلك لا يتبأ فى هذه الصورة ، كما قدمنا ، أن تتحد اللمة فى الدين الذى على التركة . بل يتقاضى الدائن حقه أولاً من التركة ، فينتضى بطريق الوفاء لا بطريق اتحاد اللمة ، ثم يرث الدائن التركة بعد ذلك خالية من الديون (١) . وهذا بخلاف القانون الفرنسى ، إذ يرث الدائن فى هذه الصورة الدين الذى على التركة إذا كان قد قبل الميراث دون قيد ، فتتحد اللمة فى الدين كما فى الصورة الأولى (٢) . أما إذا

(١) استئناف مخطوط ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٤ م ٣٧ ص ٦٦ .

(٢) وقد جاء فى الموجز : « وإذا كان للفرق بين القانون الفرنسى والشريعة الإسلامية واضحاً فى هذه المسألة ، فيحقق اتحاد اللمة فى القانون الفرنسى ولا يتحقق فى الشريعة الإسلامية ، فإن النتيجة واحدة فى الشريعتين . ونوضح ذلك بمثل : تركة المورث قدرها ألفان ، وله وارثان لكل منهما النصف ، وعليه دين لأحد الوارثين قدره ألف . ففى القانون الفرنسى يرث الوارث الدائن ألفاً ، ويرث إلى جانب ذلك نصف الدين (أى خمسمائة) ، فتتحد ذمته فى هذا النصف ، ويرجع بالنصف الباقي من الدين على الوارث الثانى . فيكون مجموع ما ناله هو الألف التى ورثها والخمسمائة التى رجع بها على الوارث الثانى . وهذا ما يناله أيضاً فى الشريعة الإسلامية ، دون أن يكون هناك اتحاد ذمة فى نصف الدين . فإن الوارث فى هذه الشريعة يبدأ باستيفاء حقه من التركة ، فينال ألفاً باختياره دائماً ، والألف الباقية ينال منها خمسمائة باعتباره وارثاً . لكن يلاحظ أن الوارث فى القانون الفرنسى قد نال ألفاً باعتباره وارثاً وخمسمائة باعتباره دائناً ، أما فى الشريعة -

قبل الميراث مع اشتراط الجرد (sous bénéfice d'inventaire) ، فانه يصبح في وضع مماثل لوضع الوارث في الشريعة الإسلامية ، فلا تتحد اللمة ، بل يتقاضى الدائن أولاً الدين من التركة ، ثم يرث التركة بعد تصفيتها من الديون (١).

٥٦٤ — عن طريق الوصية : وقد يتحقق اتحاد اللمة عن طريق

الوصية ، ويكون الموصى له إما خلفاً عاماً وإما خلفاً خاصاً .

فيكون الموصى له خلفاً عاماً إذا أوصى الدائن لمدينته بثلاث تركته مثلاً ، فيصبح المدين الموصى له بعد موت الموصى مديناً للتركة بالدين وموصى له بثلاث التركة . فينتقل إليه من الدين ثلثه ، ويكون مديناً به بحكم المديونية السابقة ودائناً له بحكم الوصية . فتتحد اللمة في ثلث الدين ، ويبقى لثناه في ذمته ديناً للتركة . أما إذا كان المدين هو الذي أوصى للدائن بثلاث تركته ، فإن الدائن الموصى له يكون بعد موت الموصى دائناً للتركة بمبلغ الدين وموصى له بثلاث التركة . ويجب ، طبقاً لقواعد الشريعة الإسلامية ، سداد دين التركة أولاً ، فيستوفى الدائن منها مبلغ الدين . ويتقاضى الدين بالوفاء لا باتحاد اللمة ، ثم يستوفى الدائن بعد ذلك عن طريق الوصية حل ثلث التركة خالية من الديون .

ويكون الموصى له خلفاً خاصاً إذا أوصى الدائن لمدينته بالدين الذي له في

— الإسلامية فقد نال ألفاً باعتباره دائناً وخمسائة باعتباره وارثاً . وقد يترتب حل ذلك بعض النتائج العملية . من ذلك أن الوارث في الشريعة الإسلامية قد يحرم من الميراث ، لقطعه المورث مثلاً ، فيحرم من الخمسائة التي نالها باعتباره وارثاً ، لامن الألف التي نالها باعتباره دائناً . ومن ذلك أيضاً أن الوارث إذا دفع ضريبة على الميراث ، يدفع الضريبة باعتباره أن ما ورثه خمسائة لا ألفه (الموجز للمؤلف فقرة ٥٩٤ ص ١١٦ وهامش رقم ١) . وانظر في هذا المعنى في القانون المدني العراقي مقالاً للأستاذ ضياء شهب خطاط في مجلة القضاء بهداد لسنة ١٥ ص ٢٠٤ — ص ٢٠٦ .

(١) وإذا كانت الدولة هي الوارثة لانعدام الوارث ، وجب اعتبارها في وضع الوارث الذي قبل الميراث مع اشتراط الجرد . فتسدد أولاً الديون التي حل للتركة من أموال التركة ، وما بقى من هذه الأموال يعد سداد الديون لتملكه الدولة . فإذا كانت الدولة دائنة للتركة ، فتقاضت أولاً الدين التي لها . فإذا كانت التركة لائق بالدين ، رجعت بالباقي حل الكفلاء (نوليه ٧ فقرة ٤٣٤ — ديرانتون ١٢ فقرة ٤٧٩ — لوران ١٨ فقرة ٤٩٣ — بودرى وبارد ٣ فقرة ١٩٠٢) .

ذمته . فيكون المدين ، بعد موت الدائن ، مديناً للتركة بحكم مديونيته السابقة ، ودائناً في نفس الدين بحكم الوصية . فتجتمع فيه صفتا المدين والدائن ، وتتحده الذمة في الدين . ولا يتصور هنا أن يوصى المدين للدائن بالمدين الذي في ذمته له ، إذ هو دين عليه ، لاحق له ، حتى يوصى به .

٥٦٥ - عن طريق التصرف القانوني ما بين الأحياء : وقيل أن

تجتمع صفتا الدائن والمدين في الشخص الواحد عن طريق التصرف القانوني ما بين الأحياء . ومع ذلك فهناك مثل أورده المشرح ، إذ نص في الفقرة الأولى من المادة ٤٦٩ مدني على ما يأتي : « إذا كان الحق المتنازع فيه قد نزل عنه صاحبه بمقابل إلى شخص آخر ، فلمتنازل ضده أن يتخلص من المطالبة إذا هو رد إلى المتنازل له الثمن الحقيقي الذي دفعه مع المصروفات وفوائد الثمن من وقت الدفع » . فهذا دين متنازع فيه في ذمة المدين للدائن ، وقد حوله الدائن بمقابل إلى شخص آخر ، فيستطيع المدين أن يحول الصفة إليه عن طريق رد الثمن والفوائد إلى المحال له . فيصبح المدين ، بفضل هذا الاسترداد ، دائناً لنفسه ، وتتحده الذمة في الدين . والواقعة التي أدت إلى اتحاد الذمة هنا هي تصرف قانوني ما بين الأحياء ، فان استرداد (retrait) المدين للمدين ينطوي كالشفعة على تصرف قانوني .

والمثل الآخر الذي يورده الفقه عادة لتصرف قانوني ما بين الأحياء يكون سبباً لاتحاد الذمة هو مثل الكيالة التي قبلها المسحوب عليه ، فأصبح مديناً بقيمتها . وقبل حلول ميعاد استحقاقها يشتريها المسحوب عليه ، فتصبح ملكه ، ومن ثم يصير دائناً لنفسه . فتجتمع صفتا المدين والدائن ، وتتحده الذمة في الدين . وسبب اتحاد الذمة هنا هو شراء المسحوب له للكيالة ، وهذا تصرف قانوني ما بين الأحياء (١) .

(١) لارومبيير م ١٣٠٠ فقرة ٥ - يودى وبارد ٣ فقرة ١٨٩٨ ص ٢٣٥ .
ويتحقق اتحاد الذمة أيضاً بتصرف قانوني ما بين الأحياء إذا اشترى المستأجر العين المؤجرة ، فيصبح دائناً ومديناً بالأجرة (ييدان ولاجار ٩ فقرة ١٠٦٤) . لكن إذا كان المستأجر قد رهن حقه الشخصي الثابت بموجب عقد الإيجار قبل أن يشتري العين المؤجرة ، فإن شراء العين =

٥٦٦ - كل الربود قابله لموت قضاء بالحد الزمة : وكل دين قابل

لاتحاد الزمة فيه على الوجه الذى بيناه . تستوى فى ذلك كل الديون ، أياً كان مصدرها . ف سواء كان الدين مصدره عقد أو عمل غير مشروع أو إثراء بلا سبب أو نص فى القانون ، فهو قابل لاتحاد الزمة فيه ، متى اجتمعت صفتا الدائن والمدين فى شخص واحد . وتستوى أيضاً فى ذلك كل الديون ، أياً كان الوصف الذى يلحق بها . فيصبح اتحاد الزمة فى الدين البسيط ، وفى الدين المضاف إلى أجل ، وفى الدين المعلق على شرط واقف ، وفى الدين المعلق على شرط فاسخ . إلا أنه إذا لم يتحقق الشرط الواقف ، أو تحقق الشرط الفاسخ ، فقد زال الدين ، وزال معه اتحاد الزمة (١) .

ويصح أن تتحد الزمة فى الدين المبنى وفى الدين الطبيعى . فى الدين الطبيعى ، إذا ورث المدين الدائن ، فقد اجتمعت صفتا المدين والدائن فيه ، فانتمت الزمة ، شأنه فى ذلك شأن الدين المبنى (٢) . ولا يقال إن فى هذا أثراً جديداً يترتب على الالتزام الطبيعى ، فان اتحاد الزمة ليس إلا استجابة لطابع الأشياء ، فيخضع له كل التزام (٣) .

— وما استجبه من اتحاد الزمة — لا يضر بحق الدائن المرتين (أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٣٠ ص ٣٦٢ — بيدان ولا جارد ٩ فقرة ١٠٧٠) .

ومن الأمثلة على تحقق اتحاد الزمة بتصرف قانونى ما بين الأحياء ، ماقتضت به محكمة استئناف مصر من أنه إذا حصل البيع المستوفى من الضمان ، انتمت منه بهذا البيع باجتماع صفتى دائن بحق الضمان ومدين به فى شخصه (٨ يناير سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٣ رقم ٥٥٥ ص ١١١٥) . ويمكن اعتبار بيع الدين من عليه الدين ، فى الفقه الإسلامى ، إذا لم يكن وفاء بمقابل ، مثلاً لتحقق اتحاد الزمة بتصرف قانونى ما بين الأحياء ، هو عقد البيع . فالمدين قد اشترى الدين الذى فى ذمة من دائته ، فأصبح دائناً ومديناً فى وقت واحد ، وتتحد الزمة فى الدين .

(١) أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٣٠ ص ٣٦٠ .

(٢) أما إذا ورث الدائن المدين ، فقد رأينا أن قواعد الشريعة الإسلامية تمنع من اتحاد الزمة .

(٣) انظر فى ذلك بوجدى وبارد ٣ فقرة ١٨٩٩ .

الفرع الثاني

الآثار التي تترتب على اتحاد الزمة

٥٦٧ - **النصوص القانونية :** تنص المادة ٣٧٠ من التقنين المدني على ما يأتي :

١ - إذا اجتمع في شخص واحد صفتا الدائن والمدين بالنسبة إلى دين واحد ، انقضى هذا الدين بالقدر الذي انحلت فيه الزمة .

٢ - فإذا زال السبب الذي أدى إلى اتحاد الزمة ، وكان لزواله أثر رجعي ، عاد الدين إلى الوجود هو وملحقاته بالنسبة إلى ذوى الشأن جميعاً ، ويعتبر اتحاد الزمة كأن لم يكن (١) .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادتين ٢٦٦/٢٠٢ و ٢٦٧/٢٠٣ (٢) .

(١) **تاريخ النص :** ورد هذا النص في المادتين ٥٠٨ و ٥٠٩ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتي : م ٥٠٨ — إذا اجتمع في شخص واحد صفة الدائن والمدين ، انقضى الالتزام لاتحاد الزمة ، وبالقدر الذي انحلت فيه — م ٥٠٩ — إذا زال السبب الذي أدى لاتحاد الزمة وكان لزواله أثر رجعي ، عاد الالتزام إلى الوجود هو وملحقاته ، بالنسبة للذوى الشأن جميعاً ، ويعتبر اتحاد الزمة كأن لم يكن . وفى لجنة المراجعة أدمجت المادتان في مادة واحدة ، وأُجريت تعديلات في الفقرة الأولى تجعل التمييز بين المقاصة واتحاد الزمة واضحاً ، وأبدلت كلمة الالتزام في الفقرة الثانية بكلمة الدين لتسويق الصياغة ، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وأصبح رقمه ٣٨٣ في المشروع التام . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٣٧٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٩٢ — ص ٢٩٣) .

(٢) **التقنين المدني السابق م ٢٦٦/٢٠٢ :** اتحاد الزمة هو عبارة عن اجتماع صفحتي دائن ومدين في شخص واحد وبين واحد ، ويترتب على ذلك زوال الصفتين المذكورتين بمقابلة أحدهما للآخرى .

م ٢٦٧/٢٠٣ : اتحاد الزمة يبرء لكفلاء في الدين ، ولا يخل المدينين المتضامنين إلا بقدر ما يخص من اتحاد في الزمة من الدين .

وأحكام التقنين السابق متفقة مع أحكام التقنين الجديد . وإذا لم يوجد مقابل في التقنين الجديد المادة ٢٦٧/٢٠٣ من التقنين السابق إلا فيما يتعلق بالتضامن ، فإن النص كله ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة فالعامل بأحكامه ليس في حاجة إلى نص : انظر الموجز المؤلف فقرة ٥٩٤ — فقرة ٥٩٥ — الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٨٢٤ — فقرة ٨٢٥) .

ويقابل في التقنيات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٣٦٨ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٣٥٧ - وفي التقنين المدني العراقي المادتين ٤١٨ - ٤١٩ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٣٣٧ (١) .
ويخلص من هذا النص أنه يجب التمييز ، في الآثار التي تترتب على اتحاد اللمة ، بين فرضين :

- (١) الآثار التي تترتب على اتحاد اللمة مادام السبب الذي أدى إليه قائماً .
- (٢) ما يترتب من الأثر على زوال السبب الذي أدى إلى اتحاد اللمة بأثر رجعي .

المبحث الأول

الآثار التي تترتب على اتحاد الذمة ما بقى السبب الذي أدى إليه قائماً

٥٦٨ - كيف ينقضى الدين بائعاً الزمة : تنص الفقرة الأولى من المادة ٣٧٠ مدني ، كما رأينا ، على أنه إذا تحقق اتحاد اللمة في الدين

(١) التقنيات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٣٦٨ (مطابقة للمادة ٣٧٠ من التقنين المدني المصري) .
التقنين المدني الليبي م ٣٥٧ (مطابقة للمادة ٣٧٠ من التقنين المدني المصري) .
التقنين المدني العراقي م ٤١٨ : في الدين الواحد ، إذا اجتمع في شخص واحد صفتا الدائن والمدين ، انقضى الدين لاتحاد اللمة بالقدر الذي اتحدت فيه .
م ٤١٩ : إذا زال السبب الذي أدى إلى اتحاد اللمة ، وكان لزواله أثر رجعي ، عاد الالتزام إلى الوجود هو وملحقاته بالنسبة للدين الشان جميعاً ، ويعبر اتحاد اللمة كأن لم يكن . (وهذه الأحكام متفقة مع أحكام التقنين المصري - وانظر في اتحاد اللمة في القانون المدني العراقي مقالا للأستاذ ضياء شيهت خطاب في مجلة القضاء ببغداد السنة ١٥ ص ٢٠٠ - ص ٢١٢ .
تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٣٣٧ : عندما تجتمع الصفتان المتعارضتان ، صفة الدائن وصفة المدين ، في موجب واحد وفي شخص واحد ، ينشأ عن اجتماعهما اتحاد يسقط الموجب على نسبة هذا الاتحاد . وإذا زال سبب الاتحاد ، وكان لزواله مقول رجعي ، عاد الدين مع كل ملحقاته بالنظر إلى المجمع ، وعد اتحاد اللمة كأنه لم يحصل قط .
(وهذه الأحكام متفقة مع أحكام التقنين المصري) .

« انقضى هذا الدين بالقدر الذى احدثت فيه اللزمة » . فالدين إذن ينقضى بالتحاد اللزمة ، وبالقدر الذى احدثت فيه اللزمة . فان كان المدين الوارث ، فى الأمثلة التى قدمناها ، لم يرث إلا نصف الدين ، فان هذا النصف وحده هو الذى ينقضى بالتحاد اللزمة كما سبق القول . وانقضاء الدين بالتحاد اللزمة غير انقضائه بالوفاء أو بالتجديد أو بالمقاصة . فى هذه الحالات الأخيرة ينقضى الدين حقيقة ، ولا يعود له وجود . أما انقضاء الدين عن طريق اتحاد اللزمة فليس بانقضاء حقيقى ، بل إن الدين يقف نفاذه ، كما قلنا ، لارتطامه بعقبة طبيعية تجعل هذا النفاذ مستحيلاً . فقد احدثت صفتا الدائن والمدين فى شخص واحد ، وأصبح من المستحيل أن يطالب الشخص نفسه بالدين ، ومن ثم يقف نفاذ الدين من ناحية المطالبة وحدها (١) . ولكن الدين ، وهو موقوف على هذا النحو ، يبقى مع ذلك معتداً به من نواح أخرى (٢) .

(١) الأستاذ إسماعيل خان فى أحكام الالتزام فقرة ٢٩٨ ص ٣٧٣ — وقارن الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ٢٩٨ — ص ٣٠٠ .
ولهذه بيدان ولا جارد إلى أن اتحاد اللزمة ينقضى الدين قضاء تاماً على التبع الذى يقضى به الوفاء الدين ، ويستمرضان الأحوال المختلفة لاتحاد اللزمة ، ويستظهران فى كل منها أن الدين قد انقضى ولم يقتصر الأمر فيه على أنه وقف نفاذه (بيدان ولا جارد ٩ فقرة ١٠٧١ — فقرة ١٠٧٦ — انظر الأستاذ عبد الحى حجازى ٢ ص ٢٩٣ — ص ٣٠٠ والأستاذ غياث شيت خطاب مجلة القضاء ببنداد لسنة ١٥ ص ٢٠٢ — ٢٠٣ فى مناقشة الرأىين ، مجرد وقف النفاذ والانقضاء العام) .

ولهذه بلانيول وريبير وبولانيه إلى أن التميز فى الالتزام بين عنصر المسؤولية وعنصر المدونية قد يكون ناقصاً هنا ، فالاتحاد اللزمة ينقضى المطالبة أو المسؤولية (Haftung) ، ويستبقى المدونية (Schuld) : بلانيول وريبير وبولانيه ٢ فقرة ٢٠٠٩ .

(٢) أوبرى ورو : فقرة ٣٣٠ ص ٣٦٠ — بودوى وبارد ٣ فقرة ١٩٠٥ — بلانيول وريبير ووردان ٧ فقرة ١٣٠٠ ص ٧١١ — واتحاد اللزمة كالمقاصة واقعة مادية ، هى واقعة اجتماع صفتي الدائن والمدين فى الدين الواحد فى شخص واحد . وقد رأينا أن المقاصة هى أيضاً واقعة مادية ، إذ هى واقعة تلاقى دينين متقابلين توافرت فيهما شروط خاصة . أما المقاصة فى القوانين الجرمانية فهى تصرف قانونى لا واقعة مادية ، كما سبق القول ، وهى من هذه الناحية كالوفاء والوفاء بمقابل والتجديد ، فهذه كلها تصرفات قانونية . وهى تصرفات قانونية تصدر من الجائنين ، إلا الوفاء عن طريق العرض الحقيقى والمقاصة فى القوانين الجرمانية فهى تصرفات قانونيات يصدران من جانب واحد .

٥٦٩ - نواح يبقى فيها المدين المنقضى باتحاد الزمة معتبرا به -

حساب المدين في نصاب الوصية : فإذا اعتبر الدين باتحاد اللمة منقضياً - أو موقوفاً - من ناحية المطالبة به ، فهناك نواح أخرى غير المطالبة يعتد فيها بالدين . من ذلك حساب نصاب الوصية . فإذا مات الدائن وورثة المدين ، وكانت قيمة الدين ألفاً وخمسمائة مثلاً ، فإن الدين يعتبر منقضياً من ناحية المطالبة ، فلا يستطيع المدين ، وقد ورث الدين فأصبح دائناً ، أن يطالب به نفسه . ولكن الدين يعتد به إذا ترك الدائن وصية ، وأريدت معرفة ما إذا كانت هذه الوصية لا تتجاوز النصاب حتى تكون صحيحة . فيجب اعتبار الدين الذي انقضى باتحاد اللمة قائماً في حساب هذا النصاب . فلو كانت التركة بغير الدين ثلاثة آلاف ، وجب لحساب الثلث الذي تجوز فيه الوصية ، أن تضاف قيمة الدين وهي ألف وخمسمائة إلى ثلاثة الآلاف ، فتكون قيمة التركة كلها أربعة آلاف وخمسمائة ، ويكون ثلثها الجائز الإيصاء به هو ألف وخمسمائة . أما إذا اعتبرنا الدين منقضياً باتحاد اللمة من جميع النواحي ، وجب حساب قيمة التركة ثلاثة آلاف لا أربعة آلاف وخمسمائة ، وكان ثلثها ألفاً ، وليس ألفاً وخمسمائة كما هو الحساب الصحيح (١) .

٥٧٠ - الاعتداد بالمدين عند اتحاد ذمة الكفيل والرائع : وإذا

مات الدائن وورثه الكفيل ، فاتحاد اللمة ما بين الدائن والكفيل إذا كان يقضى

(١) ديمولومب ٢٨ فقرة ٧١٨ - فقرة ٧١٩ - هيك ٨ فقرة ١٧٧ - لوران ١٨ فقرة ٤٨٨ - أوربي ودور ٤ فقرة ٣٣٠ ص ٣٦١ - يودى وبارد ٣ فقرة ١٩٠٦ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٠٠ ص ٧١١ - دي باج ٣ فقرة ٦٩٥ - كولان وكايتان ٢ فقرة ٥٧٨ ص ٤٠٢ - الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ٢٩٨ - الموجز للمؤلف فقرة ٥٩٥ .

وكذلك يحسب الدين الذي انقضى باتحاد اللمة ضمن التركة ، في تقدير قيمتها لحساب ما يجب عليها من الضرائب (بيدان ولاجارد ٩ فقرة ١٠٦٦ ص ١٣٥) . ويقول بلانيول وريبير وبولانيه إن اعتبار الدين المنقضى باتحاد اللمة قائماً ، لتقدير نصاب الوصية ولتقدير الضريبة ، يمكن تفسيره بأن التركة تقدر قيمتها باعتبار العناصر الموجودة وقت الموت ، واتحاد اللمة لا يتحقق إلا بعد ذلك (بلانيول وريبير وبولانيه ٢ فقرة ٢٠٠٧) .

التزام الكفيل ، فليس يتقضى على النحو الذى يتقضى به لو أن الكفيل وفى الدائن .
فان الكفيل إذا وفى الدين للدائن ، يتقضى الدين ، وتبرأ ذمة المدين الأصلي ،
ويرجع الكفيل على المدين الأصلي بالدعوى الشخصية أو بدعوى الحلول .
أما إذا ورث الكفيل الدائن ، فأنحلت الذمة وانقضت الكفالة ، لم يتقضى الدين
الأصلى ، ويطالب الكفيل الذى أصبح دائئاً المدين بهذا الدين ذاته .

وإذا انحلت ذمة المدين الأصلي والدائن ، فان الدين يتقضى باتحاد الذمة ،
وتبرأ بذلك ذمة الكفيل . ذلك أن المدين الأصلي - وقد أصبح باتحاد الذمة
دائئاً - إذا حاول أن يرجع باعتبار أنه دائن على الكفيل ، فان الكفيل
يرجع عليه باعتباره مديناً ، فيشل هذا الرجوع الأخير الرجوع الأول . وقد
كانت المادة ٢٦٧/٢٠٣ من التقنين الملقى السابق تقضى بأن اتحاد ذمة الدائن
والمدين الأصلي يرى ذمة الكفلاء (١) .

٥٧١ - الاختراع بالعربى عند انحلال ذمة الكفيل والمدين الأصلي :

وإذا ورث الكفيل المدين الأصلي ، فأنحلت الذمة وانقضت الكفالة ، فان
انقضاء التزام الكفيل على هذا النحو لا يكون إلا من حيث المطالبة ، بمعنى أنه
إذا أدى الكفيل باعتباره كفيلاً الدين للدائن ، لم يستطع - وقد أصبح مديناً
أصلياً بالميراث وذلك فى القانون الفرنسى دون القانون المصرى - الرجوع
على نفسه . ولكن التزامه ككفيل يبقى مع ذلك معتداً به فى غير هذه
المطالبة . ويترب على ذلك أنه إذا كان لهذا الكفيل كفيل ، فان التزام
كفيل الكفيل يبقى قائماً مستنداً الى التزام الكفيل بالرغم من انقضاء هذا
الالتزام الأخير باتحاد الذمة . فيجوز للدائن ، فى هذه الحالة ، إذا لم يستطع
استيفاء حقه من الكفيل الذى أصبح فى الوقت ذاته مديناً أصلياً ، أن يرجع
على كفيل الكفيل . ولهذا الأخير ، إذا وفى الدين ، أن يرجع على الكفيل
بما وفاه للدائن بالرغم من اتحاد ذمة الكفيل والمدين الأصلي . وقد نصت
المادة ٢٠٣٥ من التقنين الملقى الفرنسى صراحة على هذا الحكم ، إذ تقول :

(١) انظر أيضاً المادة ١/١٣٠١ من التقنين الملقى الفرنسى . وانظر فى القانون الملقى
المراق مقال الأستاذ صباه شيت خطاب فى مجلة القضاء ببلاد السنة ١٥ ص ٢٠٨ .

« اتحاد اللمة الذي يتحقق بين شخص المدين الأصلي وكفيله ، عندما يرث أحدهما الآخر ، لا يقضى دعوى الدائن ضد من كفل الكفيل » (١) .

وإذا كفل الكفيل مدينين متضامنين متعددين وورث أحدهم ، فصار في القانون الفرنسي كفيلًا ومدينًا متضامناً في وقت واحد ، فإن وفي الدين باعتباره كفيلًا ، رجع على أى من المدينين المتضامنين الآخرين بالدين بعد استئصال حصة مورثه . أما إذا وفاه باعتباره مدينًا متضامناً ، لم يستطع الرجوع على باقى المدينين المتضامنين الا بقدر حصة كل منهم في الدين (٢) .

٥٧٢ - الاعتماد بالدين عند اتحاد زمره المدينين المتضامنين

والرئيسية رأينا ، عند الكلام في التضامن ، أن المادة ٢٨٨ مدنى تنص على أنه « إذا اتحدت اللمة بين الدائن وأحد مدينيه المتضامنين ، فإن الدين لا ينقضى بالنسبة إلى باقى المدينين إلا بقدر حصة المدين الذى اتحدت ذمته مع الدائن (٣) » . فإذا ورث أحد المدينين المتضامنين الدائن ، فإن الدين ينقضى باتحاد اللمة ، ولكنه لا ينقضى على النحو الذى ينقضى به فيها إذا وفى المدين المتضامن الدين للدائن . فإن المدين المتضامن ، إذا وفى الدين الدائن ، رجع على باقى المدينين المتضامنين كل بقدر حصته في الدين . أما إذا ورث المدين المتضامن الدائن ، فالدين لا ينقضى إلا بقدر ما يقتضيه اتحاد اللمة ، إذ أن حصة المدين المتضامن في الدين هي وحدها التى تنقضى ، لأن المدين المتضامن قد أصبح دائماً بهذه

(١) وهذا هو النص في أصله الفرنسى : Art. 2035 : La confusion qui s'opère dans la personne du débiteur principal et de sa caution, lorsqu'ils deviennent héritiers l'un de l'autre, n'éteint point l'action du créancier contre celui qui s'est rendu caution de la caution.

انظر ديمولوب ٢٨ فقرة ٧٣٥ - بودرى وبارد ٣ فقرة ١٩١٠ ص ٢٤٣ - ص ٢٤٤ - وقارن يلاتهول وريير وردوان ٧ فقرة ١٣٠١ ص ٧١٣ هلمش رقم ١ .
وإذا كان الكفيل - الذى أصبح مدينًا أصليًا على النحو المتقدم - قد قدم رهناً لتأمين الدين ، فإن اتحاد اللمة لا يكون من شأنه أن يقضى هذا الرهن (بودرى وبارد ٣ فقرة ١٩١٠) .
(٢) ديراقتون ١٢ فقرة ٤٧٧ - لاروميير ١٣٠١ م ١٤ فقرة ١٤ - بودرى وبارد ٣ فقرة ١٩١١ .

(٣) انظر أيضاً المادة ٢٠٣/٢٦٧ من الترتين الملى السابق .

الحصة لنفسه. والباقي من الدين ، بعد استئزال هذه الحصة ، يرجع به للمدين المتضامن — الذى أصبح دائماً بالمراث — على أى من المدينين المتضامنين الباقين (١).

وقد رأينا كذلك ، فى التضامن الإيجابى ، أنه إذا وُثِرَ المدين أحد الدائنين المتضامنين ، فإن اتحاد اللمة لا يقضى من الدين إلا بقدر حصة هذا الدائن المتضامن (٢). ذلك أن المدين يصبح دائماً متضامناً ، ولو استوفى الدين كله بهذه الصفة لرجع عليه باقى الدائنين بحصصهم ، فلا يبقى فى يده إلا حصته . فهذه الحصة وحدها هى التى يصبح فيها دائماً ومديناً فى وقت واحد ، فتتحد فيها اللمة . ويستطيع بعد ذلك أى من الدائنين المتضامنين الآخرين أن يرجع على المدين الباقى من الدين (٣).

(١) وفى من البيان أن المدين المتضامن ، الذى أصبح دائماً بالمراث ، يستطيع أن يعتبر نفسه مديناً وفق دينه بطريق اتحاد اللمة ، لا دائماً استوفى حقه بهذا الطريق . ولكنه ، على الاعتبار الأول ، لا يرجع على المدينين الآخرين إلا بقدر حصة كل منهم . فهو يؤثر بطبيعة الحال الاعتبار الآخر ، حيث يستطيع أن يطالب أى من المدينين الآخرين بالدين بعد أن يستزل حصته هو (انظر فقرة ١٩٢) .

(٢) انظر آنفاً فقرة ١٤٠ .

(٣) أما إذا وُثِرَ أحد المدينين المتضامنين مديناً متضامناً آخر ، فلا عمل هنا لاتحاد اللمة ، بل يرجع الدائن على هذا المدين بصفته الأصلية ، أو بصفته وارثاً للمدين المتضامن الآخر بما قد يكون هناك من تأهيلات . وله أن يرجع عليه بالصفتين معاً ، ليطالب بمصتين من الدين بدلاً من حصة واحدة (تولييه ٧ فقرة ٤٣٣ — ديمولوب ٢٨ فقرة ٢٢٧ — بودرى وبارد ٣ فقرة ١٩١٣) .

وبما يدل على أن اتحاد اللمة يقف نفاذ الحق دون أن يقضى أن الحائز للعقار المرهون إذا دفع ثمنه الدائن المرتهن المتقدم فى المرتبة ، وحل محله فى الرهن ، أصبح فى دعوى الرهن دائماً ومديناً فى وقت واحد ، فتتحد فيها اللمة . على أن هذا لا يمس أن حق الرهن المتقدم قد انقضى ، وكل ما يمت به أن الحائز لا يستطيع استعمال هذا الحق ضد نفسه ، ولكن يستطيع أن يستعمله ضد الدائن المتأخر فى المرتبة ، إذا أراد هذا الدائن التنفيذ على العقار . فيتقدم الحائز على الدائن المتأخر فى المرتبة بفضل حق الرهن المتقدم . وهذا يدل على أن حق الرهن المتقدم لم ينقضى باتحاد اللمة ، بل وقف نفاذه حيث تملز استعماله ، فلما أمكن استعماله عاد إلى الظهور والنفاذ (بلائيول وديوير ودوان ٧ فقرة ١٣٠٠ ص ٧١٢) . كذلك مستأجر العقار — وتعليه توانين الإيجار الاستثنائية حق مد الإيجار بعد انقضائه — إذا اشترى العقار ، فوقف باتحاد اللمة حقه كمتأجر ، به

المبحث الثاني

ما يترتب من أثر

على زوال السبب الذي أدى إلى اتحاد اللفة بأثر رجعي

٥٧٣ - عودة الدين إلى الظهور : وكل ما قمنناه هو أثر اتحاد اللفة إذا بقي سببه قائماً . فيبقى الدين معتداً به من بعض النواحي ، ويقف نفاذه من ناحية المطالبة ، إذ تصبح مستحيلة باجتماع صفى الدائن والمدين فى شخص واحد .

فاذا زال بأثر رجعى السبب الذى أدى إلى اتحاد اللفة ، اعتبر اتحاد اللفة كأن لم يكن ، وعاد الدين إلى الظهور والنفاذ بعد أن كان موقوفاً من ناحية المطالبة . ويعود الدين بمقوماته الأصلية ، فيرجع ديناً مدنياً أو تجارياً ، منتجاً لقوائد أو غير منتج لها ، مشمولاً بسند تنفيلى أو غير مشمول به ، بحسب الأحوال . وتعود أيضاً التأمينات التى كانت تكفله ، وذلك بالنسبة إلى ذوى الشأن جميعاً ، من كفيل شخصى وكفيل عيى ورهن وغير ذلك .

مثل ذلك أن يكون السبب الذى أدى إلى اتحاد اللفة وصية ، فأوصى الدائن بالدين للمدين ، ومات الدائن فانحللت اللفة فى الدين . ثم تبين بعد ذلك أن الوصية قابلة للإبطال ، فأبطلت ، وزال بأثر رجعى هذا السبب الذى أدى إلى اتحاد اللفة . عند ذلك يعود الدين فى ذمة المدين للتركة ، ويعود كما كان بصفاته ودفعه وتأميناته ، ويرجع الكفيل - شخصياً كان أو عيياً - ملتزماً

= يعود حقه إلى الظهور رغم اتحاد اللفة ضد شخص حصل على وعد بإيجار المقار له بعد انتهاء الإيجار الأول (بيدان ولاجار ٩ فقرة ١٠٧٠ - بلانيول وريير وردوان ٧ فقرة ١٣٠٠ ص ٧١٢ - كولان وكايجان ٢ فقرة ٥٧٨ ص ٤٠٢ - جوسران ٢ فقرة ٩٤٧ ص ٥٠٣ - أنسكلوييى دالوز ١ لفظ confusion فقرة ٣٢) .

بالكفالة . وتطالب التركة المدين بالدين ، بعد أن كانت قد كتفت عن المطالبة بسبب اتحاد اللمة (١) .

ومثل ذلك أن يقبل الكبيالة المسحوب عليه ، ويشتريها بعد ذلك بعقد قابل للإبطال ، ثم يبطل العقد . ومثل ذلك أيضاً أن يشتري المستأجر العين المؤجرة بعقد قابل للإبطال ، ثم يبطل العقد . ومثل ذلك أخيراً أن يتخلص المدين من دين متنازع فيه بدفعه الفئن والقوائد ، ثم يتبين بعد ذلك أنه كان قاصراً وقت تخلصه ، فيبطل التصرف . في هذه الأحوال جميعاً يعتبر اتحاد اللمة كأن لم يكن بعد أن زال سببه بأثر رجعي ، ويعود الدين إلى الظهور والنفاذ بصفاته ودفعه وتأميناته (٢) .

وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٣٧٠ ملغى ، كما رأينا ، على هذه الأحكام ، إذ تقول : « وإذا زال السبب الذى أدى إلى اتحاد اللمة ، وكان لزواله أثر رجعي ، عاد الدين إلى الوجود هو وملحقاته بالنسبة إلى ذوى الشأن جميعاً ، ويعتبر اتحاد اللمة كأن لم يكن » .

٥٧٤- زوال السبب الذى أدى الى اتحاد اللمة بأثر غير رجعي :

وقد يزول بأثر غير رجعي السبب الذى أدى إلى اتحاد اللمة . ويمكن تصور ذلك إذا ورث المدين الدائن ، فامتحدت اللمة في الدين ، ثم اتفق الوارث ،

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٩٢ - أوروى وروء؛ فقرة ٣٣٠ ص ٣٦٢ - بلانويول وريير وردوان ٧ فقرة ١٣٠٠ ص ٧١٢ - على أنه إذا عاد الدين كما كان ، فإن التناهد الذى كان سارياً ضده يعتبر موقوفاً باتحاد اللمة ، ولا يعود إلى السريان إلا بعد زوال اتحاد اللمة (أنسيكلويينى دالوز ١ لفظ confusion فقرة ٤٩) .

(٢) أما إذا كان الالتزام نفسه الذى اتحدت اللمة فيه معلقاً على شرط فاسخ أو واقف ، ثم تحقق الشرط الفاسخ أو لم يتحقق الشرط الواقف ، فإن اتحاد اللمة يعتبر كأن لم يكن ، لا لأن سببه قد زال بأثر رجعي ، بل لأنه تبين أن الالتزام الذى اتحدت اللمة فيه غير موجود أصلاً ، وغير الموجود لا تتحد فيه اللمة .

باعتباره دائئاً، مع شخص آخر فحول الدين له (١) . ففي هذه الحالة يعود الدين إلى الظهور في ذمة الوارث باعتباره مديناً ويصبح المحال له دائئاً للوارث (٢) .

ولكن لا يضار الغير بعودة الدين على هذا الوجه . ففي المثل الذي نحن بصدده ، إذا كان للدين كفيل شخصي أو عيني ، وورث ذمة هذا الكفيل باتحاد الذمة ، ثم عاد الدين بعد أن زال بأثر غير رجعي السبب الذي أدى إلى اتحاد الذمة ، فإن الكفالة لا تعود . ولا يستطيع المحال له أن يرجع على الكفيل ، لأن الكفيل من الغير في الاتفاق الذي تم بين المحال له والوارث ، وقد برئت ذمته من الكفالة كما قلنا ، فلا يضار بسبب اتفاق لم يكن هو طرفاً فيه (٣) .

(١) أو باع الوارث التركة بأكملها من ديون (vente d'hérédité) ، أو باعت التركة أسهمها التي سبق أن اشترتها (بيدان ولاجارد ٩ فقرة ١٠٧٤ ص ١٣٩) .
انظر في هذا المعنى في القانون المدني العراقي مقال الأستاذ غنياء شيت خطاب في مجلة القضاء ببنهاد السنة ١٥ ص ٢١٣ .

(٢) بلانيول وريبير وودوان ٧ فقرة ١٣٠٠ ص ٧١٢ .
(٣) أوبري وود ٤ فقرة ٣٣٠ ص ٣٦٢ — ديملومب ٢٨ فقرة ٧٣٩ — لوران ١٨ فقرة ٥٠٧ — هيك ٨ فقرة ١٧٩ — بودوي وهارد ٣ فقرة ١٩١٥ — الأستاذ عبد الحى حجازي ٣ ص ٣٠٥ — ص ٣٠٧ — وقلون جوسران ٢ فقرة ٩٤٨ .

البُحْثُ الْعِلْمِيُّ

انقضاء الالتزام دون الوفاء به

- ٥٧٥ — أسباب انقضاء الالتزام دون الوفاء به : قدمنا أن الالتزام قد ينقضى دون الوفاء به أصلاً ، ويتحقق ذلك في أسباب الانقضاء الآتية :
- ١ — الإبراء من الدين (Remise de dette) .
 - ٢ — استحالة التنفيذ (Impossibilité d'exécution) .
 - ٣ — التقادم المسقط (Prescription extinctive) .
- ففي هذه الأسباب جميعاً تبرأ ذمة المدين من الدين دون أن يكون قد أدى للدائن شيئاً أصلاً ، لا الدين ذاته ولا ما يعادله .
- ففي الإبراء قد نزل الدائن عن حقه مختاراً دون مقابل ، وهو الذي ارتضى ذلك .
- وفي استحالة التنفيذ قد اضطر الدائن ألا يستوفى حقه ، لأن الوفاء به قد أصبح مستحيلاً .
- وفي التقادم المسقط قد حال القانون دون أن يستوفى الدائن حقه ، وأبرأ ذمة المدين لاعتبارات تمت للمصلحة العامة .

الفصل الأول

الإبراء (*)

(Remise de dette)

٥٧٦ - كيف يتم الإبراء وما يترتب عليه من الاستمرار : الإبراء هو نزول الدائن عن حقه قبل المدين دون مقابل ، فهو تصرف تبرعى حتماً . وإذا استوفى الدائن عين حقه كان هذا وفاء ، وإذا استوفى مقابلاً في حقه كان هذا وفاء بمقابل (١) ، وإذا نزل عن حقه فلم يستوفه لا عيناً ولا بمقابل كان هذا إبراء . والإبراء تصرف قانوني يصدر من جانب واحد هو الدائن (٢) ، ومتى صدر متوافرة شروطه انقضى به الدين وبرت ذمة المدين . فتتكمّل إذن في مسألتين : (١) كيف يتم الإبراء (٢) الآثار التي تترتب عليه .

الفرع الأول

كيف يتم الإبراء

٥٧٧ - النصوص القانونية : تنص المادة ٣٧١ من التقنين المدني

على ما يأتي :

(*) مراجع : ليهونا (Lesona) بحث في نظرية عامة للتنازل في القانون المدني : المجلة الفصلية للقانون المدني سنة ١٩١٢ ص ٣٧٦ — رينو (Raynaud) التنازل عن الحقوق : المجلة الفصلية للقانون المدني سنة ١٩٣٦ ص ٧٦٣ .
(١) ومن قبيل الوفاء بمقابل أو بما يعادل الوفاء التجديد والمقاصة واتحاد اللمة ، وقد تقدم بيان ذلك .

(٢) أما الوفاء فقد قلنا أنه تصرف قانوني صادر من الجانبين ، وقد يصدر من جانب واحد إذا أخذ صورة العرض الحقيقي مع الإيداع . وذكرنا أيضاً أن كلا من الوفاء بمقابل (dation en paiement) والتجديد تصرف قانوني صادر من الجانبين ، وأن كلا من المقاصة واتحاد اللمة واقعة مادية وليس تصرفاً قانونياً .

« يتنقض الالتزام إذا أبرأ الدائن مدينه مختاراً . ويتم الإبراء متى وصل إلى علم المدين ، ويرتد برده » .

وتنص المادة ٣٧٢ على ما يأتي :

١ - يسرى على الإبراء الأحكام الموضوعية التي تسرى على كل تبرع .

٢ - ولا يشترط فيه شكل خاص ، ولو وقع على التزام يشترط لقيامه شكل فرضه القانون أو اتفق عليه للماقدان (١) .

وتقابل هذه النصوص في التقنين المدني السابق المادة ٢٤٣/١٨٠ (٢) .

وتقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري

المادتين ٣٦٩ - ٣٧٠ - وفي التقنين المدني الليبي المادتين ٣٥٨ - ٣٥٩ -

(١) تاريخ النص :

م ٣٧١ : ورد هذا النص في المادة ٥١٠ من المشروع التمهيدى حل الوجه الآتى : « يتنقض الالتزام إذا أبرأ الدائن مدينه مختاراً ، ويتم الإبراء متى وصل إلى علم الدين ولم يعترض عليه » . وفي لجنة المراجعة أبدلت عبارة « ولم يعترض عليه » بعبارة « ويرتد برده » ، وذكر في اللجنة أن هذا النص مقصود به أن يقع الإبراء بإرادة منفردة أعداً بأحكام الشريعة الإسلامية ، وفيها يتم الإبراء بإرادة الدائن وحده ويرتد بالرد من المدين ، ويعتبر الرد بمنزلة التبرع فلا يقبل من لا تتوافر فيه أهلية التبرع . وأصبحت المادة رقمها ٣٨٤ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب . ثم وافقت عليها لجنة الشيوخ ، حل أن يكون المفهوم من كلمة « مختاراً » ألا يكون الإبراء مظنة النش أو الإكراه لأن الاختيار في الإبراء هو العنصر البارز . ووافق عليها مجلس الشيوخ تحت رقم ٣٧١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٩٥ - ص ٢٩٦) .

م ٣٧٢ : ورد هذا النص في المادة ٥١١ من المشروع التمهيدى حل وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٨٥ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب ، لمجلس الشيوخ تحت رقم ٣٧٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٩٧ - ص ٢٩٨) .

(٢) التقنين المدني السابق م ٢٤٣/١٨٠ : يسقط الدين من المدين بإبراء نفعه من الدائن لإبراء اختيارها إذا كان في الدائن أهلية التبرع . (أحكام التقنين السابق متفقة مع أحكام التقنين الجديد ، فيما عدا أن الإبراء في التقنين الجديد يتم بإرادة الدائن المنفردة ، أما في التقنين السابق فكان لا يتم إلا باتفاق بين الدائن والمدين : الموجز للمؤلف فقرة ٥٩٧ - فقرة ٥٩٨ - الأستاذ أحمد حشمت أبوسيت فقرة ٨٢٧ - فقرة ٨٢٩ - وانظر أيضاً المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٩٤) .

وفي التقنين المدني العراقي المواد ٤٢١ - ٤٢٣ - وفي تقنين الموجبات والعقود
البناني المواد ٣٣٨ - ٣٤٠ (١).

ويخلص من هذه النصوص أن للإبراء مميزات ، هي أن يتم بإرادة منفردة
من جانب الدائن ، وأنه تصرف قانوني تبرعي . ثم إنه يشترط لصحة الإبراء
شروط ترجع إلى الموضوع لا إلى الشكل .

فنبحث إذن : (١) مميزات الإبراء (٢) الشروط الواجب توافرها فيه .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٣٦٩ - ٣٧٠ (مطابقتان للمادتين ٣٧١ - ٣٧٢ من التقنين
المدني المصري) .

التقنين المدني الليبي م ٣٥٨ - ٣٥٩ (مطابقتان للمادتين ٣٧١ - ٣٧٢ من التقنين
المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٤٢١ : يشترط لصحة الإبراء أن يكون المبرء أهلاً للتبرع .

م ٤٢٢ : ١ - لا يختلف الإبراء على قبول المدين ، لكن إذا رده قبل القبول ارتد ، وإن
مات قبل القبول فلا يؤخذ الدين من تركته . ٢ - ويصح إبراء المديون من دينه .

م ٤٢٣ : يصبح تعليق الإبراء . فإن حلق الدائن إبراء مدينه من بعض الديون يشترط أداء
البقيس الآخر وأداء الدين بوجه ، وإن لم يؤده فلا يبرأ ويبقى عليه الدين كله .

(وهذه الأحكام بمقتضاها يتفق ويصحها لا يتعارض مع أحكام التقنين المصري : انظر الأستاذ
حسن للدون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ٣٦٧ - فقرة ٣٧١) .

تقنين الموجبات والعقود البناني :

م ٣٣٨ : إن الإبراء من الدين أو تنازل الدائن من حقوقه لمصلحة المدين لا يكون إلا بمقتضى
اتفاق إذ يفترض في الإبراء اتفاق أصحاب الشأن .

م ٣٣٩ : إن الإبراء لا يرفع لقواعد الشكل المختصة بالتبرع ولو أجراه الدائن بدون أية
منفعة تقابله . لكنه يخضع في هذه الحال لقواعد الأساس المختصة بالتبرع ، وخصوصاً ما يتعلق
منها بأهلية أصحاب الشأن .

م ٣٤٠ : يكون عقد الإبراء صريحاً أو ضمناً ، فهو يستفاد من كل عمل أو كل حالة تتبين
منها جلياً منه الدائن نية التنازل عن حقوقه ، وعند المدينون نية الاستفادة من هذا التنازل . إن
التسليم الاختياري لسند الأصل الذي كان في حوزة الدائن يقدر منه حصول الإبراء إلى أن يثبت
المكس . ولا يكفي رد الدائن الشيء المودع على سبيل التأمين (donnée en nantissement) لئلا يثبت

عليه مثل هذا التصريح . (وتنطبق أحكام التقنين البناني مع أحكام التقنين المصري ، إلا في أمرين :

(١) الإبراء في التقنين البناني اتفاق لا إرادة واحدة . (٢) جعل التقنين البناني التسليم
الاختياري لسند الأصل قرينة قانونية على الإبراء ، وقد كانت هذه القرينة القانونية موجودة

في التقنين المصري السابق - م ٢١٩ - ٢٢٠ / ٢٨٤ - ٢٨٥ - ولم ينقلها التقنين الجديد .

المبحث الأول

مميزات الأبراء

٥٧٨ - الأبراء يتم بإرادة واحدة مع جانب العائض : الإبراء

تصرف قانوني (acte juridique) . وقد كان في التقنين المدني السابق ، ولا يزال في التقنين المدني الفرنسي ، اتفاقاً (convention) يتم بين الدائن والمدين على قضاء الدين دون مقابل (١) . فكان لا يكفي في الإبراء لإرادة الدائن ، بل لابد أيضاً من قبول المدين حتى يتم ، وقبل هذا القبول كان الدائن يستطيع أن يعدل عن الإبراء وفقاً للقواعد العامة . وقد قيل في توجيه هذا التكييف إن الالتزام رابطة ما بين شخصين ، فلا بد في قضائها من تدخل هذين الشخصين معاً ، وهذا بخلاف الحق المعنى فإنه سلطة على شيء معين فيجوز لصاحب هذه السلطة أن ينزل عنها بإرادته المنفردة (٢) .

وقد عدل التقنين المدني الجديد عن هذا التكييف التقليدي ، وصرح في المادة ٣٧١ مدني ، كما رأينا ، بأن الإبراء يتم متى وصل إلى علم المدين ، ويرتد برده . ومعنى ذلك أن الإبراء يتم بإرادة الدائن وحده ، لا باتفاق بين الدائن والمدين كما كان الأمر في التقنين المدني السابق (٣) . وقد اقتبس التقنين المدني الجديد هذا التكييف المستحدث من الفقه الإسلامي ، ففيه يتم الإبراء بإرادة الدائن المنفردة ويرتد بالرد . وقد غلب في هذا التكييف الطابع المادي للالتزام على الطابع الذاتي ، فالالتزام قيمة مالية تدخل في حوزة الدائن ضمن العناصر الإيجابية التي تشمل عليها ذمته المالية ، فيستطيع التزول عنه بإرادته المنفردة كما يستطيع التزول عن

(١) وهو أيضاً اتفاق لا إرادة واحدة في التقنين المدني الأتلي : انظر المادة ٣٩٧/١ من هذا التقنين .

(٢) بودري وإبارد ٣ فقرة ١٧٦٧ - دي باج ٣ فقرة ١٧٤ .

(٣) الأستاذ عبد الحى حجازي ٣ من ٣٠٩ - ص ٣١٠ - وتكني لإرادة الدائن المنفردة في الإبراء ، حتى لو كان الالتزام الذي يبرءه الدائن منه التزاماً من عقد ملزم للجائين .

الحق المعنى (١) . ولما كان الدائن لا يستطيع أن يفرض على المدين هذا النزول ، فقد يتحرج المدين من تفضل لا يفرضه من الدائن ، وقد يصير على الوفاء بالرغم من رغبة الدائن في إبرائه ، فقد أعطى القانون الحق للمدين أن يرد الإبراء متى وصل إلى علمه ، وذكر أن الإبراء يرتد بالرد (٢) .

وهناك فروق واضحة بين أن يتم الإبراء بإرادة الدائن المنفردة وأن يتم باتفاق بينه وبين المدين ، نذكر منها ما يأتي :

١ - في التقنين المدني الجديد حيث يتم الإبراء بإرادة الدائن المنفردة ، يكفي أن تصل هذه الإرادة إلى علم المدين حتى يتم الإبراء ، ويتم من وقت هذا العلم . أما في التقنين المدني السابق فهذا لا يكفي ، بل يجب أيضاً أن يصدر قبول من المدين للإبراء ، ولا يتم الإبراء إلا من وقت هذا القبول .

٢ - ويترب على ما تقدم أنه إذا أعلن الدائن إرادته في إبراء المدين ووصل هذا الإعلان إلى علم المدين ، لم يستطع الدائن ، في التقنين المدني الجديد ، أن يعدل عن الإبراء بعد أن تم . وإذا مات أو فقد أهليته قبل أن يصل الإعلان إلى علم المدين ، فإن ذلك لا يمنع من تمام الإبراء عند اتصال الإعلان بعلم المدين بعد موت الدائن أو فقد أهليته (م ٩٢ مدني) . أما في التقنين المدني السابق ، فإدام المدين ، حتى بعد علمه بإرادة الدائن في الإبراء ، لم يصدر منه قبول ، فقد كان يجوز للدائن أن يعدل عن هذا الإبراء . وإذا مات الدائن أو فقد أهليته قبل صدور القبول ، فقد كان الإيجاب يسقط (٣) ، ولا يجوز للمدين أن يقبل

(١) الموجز المؤلف من ٦١٨ هامش رقم ١ .

(٢) المذكرة الإيضاحية للمشروع المهيمن في مجموعة الأعمال التصحيحية ٣ من ٢٩٥ -

وانظر المادة ٣٥٣ من التقنين التونسي - الأستاذ إسماعيل فاهم في أحكام الالتزام فقرة ٢٩٩ .

(٣) وينبغي على ذلك أنه إذا مات الدائن ، وترك سند الدين مؤشراً عليه بعدم مطالبة المدين

به ، لم يجوز في التقنين المدني السابق أن يقبل هذا الإبراء بعد موت الدائن ، وكان لتركة الدائن

الحق في مطالبة المدين بالدين (بلانفول وديير وروان ٧ فقرة ١٣٠٤ ص ٧١٥ هامش

رقم ٢) . وهذا ما لم يثبت المدين أنه يعلم بهذا التأخير وأنه صادر من الدائن على سبيل الإقرار

بأن ذمة المدين قد برئت بالوفاء أو بإبراء قد تم وقيله للمدين ، أو يثبت أن التأخير صادر من

الدائن على سبيل القرينة . أما في التقنين المدني الجديد ، فهناك التأخير على سند الدين كاف متى

وصل إلى علم المدين .

الإبراء بعد ذلك (١) .

٣ - إذا رد المدين الإبراء في التفتين المدني الجديد ، كان بهذا الرد يفقر نفسه . ذلك أن ذمته تبرأ من الدين بمجرد وصول الإبراء إلى علمه ، فبرده للإبراء يعود إلى ذمته بعد أن كان قد انقضى . ومن ثم لا بد أن تتوافر في المدين أهلية التبرع حتى يستطيع رد الإبراء (٢) ، وكذلك يجوز للدائنه أن يطعنوا في رده للإبراء بالدعوى البولصية لأن هذا الرد زاد في التزاماته إذ عاد الدين بالرد بعد انقضائه . أما في التفتين المدني السابق ، فإن رد المدين للإبراء لا يعتبر افتقاراً ، إذ الإبراء لا يتم إلا بقبوله . فهو برده للإبراء لم يفقر نفسه ، والدائن لا يعود بالرد بعد انقضائه ، إذ هو لم ينقض ما دام المدين لم يقبل الإبراء . وإنما رد المدين للإبراء امتناع منه عن أن يثرى ، ومن ثم لا يشترط في الرد أن تتوافر في المدين أهلية التبرع ، ولا يجوز للدائنه أن يطعنوا في رده للإبراء بالدعوى البولصية .

من أجل هذه الفروق وغيرها يجب معرفة متى تسرى أحكام التفتين المدني الجديد في الإبراء . والمعبرة في ذلك بوقت علم المدين بالإبراء . فإن كان قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ - موعد سريان التفتين الجديد - فإن الإبراء تسرى عليه أحكام التفتين المدني السابق ، فلا يتم إلا بقبول المدين (٣) . وإلا فإن أحكام التفتين المدني الجديد هي التي تسرى ، فيكفى علم المدين بالإبراء وعدم رده له حتى يتم .

(١) وإذا مات المدين قبل أن يقبل الإبراء ، فإن الإبراء لا يتم في التفتين المدني السابق ، ويؤخذ الدين من تركته المدين . أما في التفتين المدني الجديد ، فإنه إذا مات المدين دون أن رد الإبراء ، تم الإبراء ولم يؤخذ الدين من تركته المدين . وينص التفتين العراقي (م ١/٤٢٢) حل هذا الحكم صراحة ، إذ يقول : « وإن مات قبل القبول ، فلا يؤخذ الدين من تركته » . ونص هذا التفتين (م ٢/٤٢٢) أيضاً حل أنه « يصح إبراء الميت من دينه » ، أي أن الدائن يبرئ تركته المدين من الدين . وهذا جائز أيضاً في القانون المصري .

(٢) والرد كالإبراء تصرف قانوني صادر من جانب واحد ، ولكنه يصدر من المدين ، أما الإبراء فيصدر من الدائن . وهو كالإبراء أيضاً في أنه تصرف تبرعى ، فلا يقبل من المدين إذا لم تتوافر فيه أهلية التبرع (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٩٥ وانظر تاريخ المادة ٣٧١ آنفاً فقرة ٥٧٧ في المجلد - الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ٣١٧) .

(٣) حتى لو صدر القبول بعد سريان التفتين المدني الجديد .

٥٧٩ — الإبراء تصرف تبرعى : وقد قدمنا أن الإبراء يصدر من

الدائن اختياراً دون مقابل ، فهو ينزل عن حقه دون عوض . ومن ثم يكون الإبراء تصرفاً تبرعياً عضواً من جانب الدائن .

وهذا هو الذى يميز الإبراء عن غيره من التصرفات القانونية المشابهة ، كالتجديد والصلح .

فيجب تمييز الإبراء عن التجديد . ففى التجديد يبرى الدائن ذمة المدين من الدين ، وهذا هو وجه المشابهة بالإبراء . ولكن الطرفين فى التجديد يتفقان على إنشاء دين جديد يحل محل الدين الأصيل ، فليس الإبراء من الدين الأصيل تبرعاً ، بل يقابله إنشاء دين جديد .

ويجب تمييز الإبراء عن الصلح . فقد يتضمن الصلح إبراء ، ولكنه إبراء بمقابل . فان كلا من المتصالحين ينزل عن بعض ما يدعيه ، فى مقابل التسليم له بالعض الآخر (١) .

ويجب تمييز الإبراء أخيراً عن صلح الدائنين مع مدينهم المفلس (concordat) . فالدائنون عند ما يبرئون ذمة مدينهم المفلس من جزء من الديون لا يبرعون ، ولكنهم يأملون من وراء هذا الإبراء أن يحصلوا على أكبر حصص ممكنة من حقوقهم ، وهم ييسرون على المدين السبل التى تؤدى إلى ذلك ومنها لإبراءه من جزء من ديونه . ويخالف الصلح مع المفلس الإبراء ، لافى انعدام نية التبرع فحسب ، بل أيضاً من وجوه أخرى . منها أن ليس من الضرورى فى الصلح مع المفلس أن يقبل جميع الدائنين الصلح ، بل يكفى أن تقبله أغلبية معينة من الدائنين فنقضه على الأقلية ، أما الإبراء فلا بد من رضاء الدائن به مختاراً . ومنها أن الدائنين فى الصلح مع المفلس لا يبرئون المدين إلا من جزء من الدين ابتغاء

(١) بودرى وهارد ٣ فقرة ١٧٦٨ — بلانويك وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٠٤
ص ٧١٥ — ص ٧١٦ — بينان ولاجارد ٩ فقرة ١٠٢٥ — دى باج ٣ فقرة ٦٧١ —
كولان وكايجان ٢ فقرة ٥٨٠ — الامتياز مد الحى حجازى ٣ ص ٣١٠ — وقارن بلانويك
وربيير وبولانجي ٢ فقرة ١٩٩٠ — چوسان ٢ فقرة ٩٥١ .

الحصول على الباقي (١)، أما في الإبراء فإن الدائن ينزل غالباً عن كل حقه وإن كان ليس هناك ما يمنع من أن يكون الإبراء مقصوراً على جزء من الدين . ومنها أن الصلح مع المفلس يتخلف عنه التزام طبيعي في ذمة المدينين بالجزء من الدين الذي أبرىء منه لأن الدائنين لم يرضوا بهذا الإبراء مختارين ، أما في الإبراء فقد رضى الدائن بالزول عن حقه مختاراً فترا ذمة المدين أصلاً ولا يتخلف عن الإبراء أى التزام طبيعي في ذمته (٢) .

فمنطقة الإبراء تتحدد إذن بما قدمناه من أنه نزول اختياري من الدائن عن حقه على سبيل التبرع ، أما التصرفات الأخرى التي تقاربه فهي ليست تصرفات تبرعية ولا تشترط فيها أهلية التبرع بل تكفي أهلية التصرف (٣) .

المبحث الثاني

الشروط الواجب توافرها في الإبراء

٥٨٠ — ليست هناك شروط من ناحية الشكل : رأينا أن الفقرة

الثانية من المادة ٣٧٢ معلق تقضى بأنه لا يشترط في الإبراء شكل خاص ، ولو وقع على التزام يشترط لقيامه توافر شكل فرضه القانون أو اتفق عليه المتعاقدان . فالإبراء إذن تصرف قانوني رضائي (consensuel) وليس بشكلي

(١) وإذا لم ينف المدين المفلس بما تمهد به انفسخ الصلح ، لأن الصلح مع المفلس معلق دائماً على شرط فاسخ هو وفاء المفلس بما تمهد به لدائنيه ، فإن تخلف هذا الشرط انفسخ الإبراء ورجع الدين كاملاً في ذمة المفلس لدائنيه (استئناف مخطوط ٢٦ يونيو سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٤٩٨) .

(٢) يودى وبارد ٣ فقرة ١٧٧٤ — بينان ولاجارد ٩ فقرة ١٠٣٣ — هـ بلج ٣ فقرة ٦٧٢ — ردوان في أنسيكلوبي دالوز ٤ لفظ Remise de dette فقرة ٤٨ .
يضاف إلى ما قلناه أن إبراء المدين يبرى ذمة الكفيل ، أما إبراء المدين المفلس في الصلح معه فلا يبرى ذمة الكفيل .

(٣) بلانيرول وريير وودوان ٧ فقرة ١٣٠٦ ص ٧١٧ .

(solennel) ، يعتقد بإرادة الدائن دون حاجة إلى أن تفرغ هذه الإرادة في ورقة رسمية أو في أى شكل خاص .

وهذا صحيح ، بالرغم من أن الإبراء تصرف تبرعى كما قدمنا ؛ لأن الإبراء يعتبر هبة غير مباشرة ، والهبات غير المباشرة لا تشترط في انعقادها الرسمية التي تشترط في الهبات المباشرة (١) . وهذا صحيح أيضاً ، ولو وقع الإبراء على التزام مصلره عقد شكلي ، سواء كان الشكل مفروضاً بحكم القانون أو متفقاً عليه من المتعاقدين . فلو وعد شخص آخر بأن يهب مبلغاً من النقود ، فانه لا يلتزم بموجب هذا الوعد إلا إذا كان الوعد مكتوباً في ورقة رسمية بمقتضى حكم القانون (م ٤٩٠ مدني) . فاذا فرضنا أن الوعد كتب في ورقة رسمية ، وترتب عليه التزام الواعد بإعطاء هذا المبلغ من النقود للموعد له ، فان الموعد له وهو الدائن يستطيع أن يبرئ الواعد وهو المدين من التزامه ، دون حاجة إلى أن يفرغ الإبراء في ورقة رسمية . فالوعد إذن ليس ملزماً إلا إذا كتب في ورقة رسمية ، ولكن يمكن الإبراء منه دون حاجة إلى هذه الورقة . كذلك إذا اتفق المتبايعان على أن يكتبيا عقد البيع في ورقة رسمية ، فان التزام المشتري بدفع الثمن ، ومصلره عقد شكلي ، والشكالية هنا بمقتضى الاتفاق ، يمكن البائع إيراؤه منه دون حاجة إلى أن يكون الإبراء في ورقة رسمية (٢) .

وهذا كله لو صدر الإبراء من الدائن تصرفاً قانونياً حال الحياة . أما إذا كان الدائن قد أوصى ببراء مدينه ، فالإبراء هنا يكون وصية ، وتسرى أحكام الوصية في الشكل وفي الموضوع . فلا بد من إفراغه في صورة وصية في الشكل الواجب قانوناً ، ولا ينفذ إلا من ثلث التركة ، ويجوز للموصى الرجوع فيه قبل موته ، ويسقط إذا مات الموصى له قبل موت الموصى (٣) . على أن الإبراء إذا صدر من الدائن وهو في مرض الموت ، لم يشترط فيه أن يكون في شكل الوصية ، ولكن يسرى عليه حكم الوصية من حيث الموضوع ، إذ أن المادة ٩١٦ مدني

(١) بلاتويل وريير وردوان ٧ فقرة ١٣٠٥ .

(٢) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التصديرية ٣ ص ٢٩٧ .

(٣) بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٧٥ .

تقضى بأن كل تصرف قانوني يصدر من شخص في مرض الموت ، ويكون مقصوداً به التبرع ، يعتبر تصرفاً مضافاً إلى ما بعد الموت ، وتسرى عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطى لهذا التصرف .

هذا وإذا كان لا يشترط في الإبراء شكل خاص ، فإن ذلك لا يمنع من أن المدين الذي يدعى أن دائته أبرأه من الدين يقع عليه عبء إثبات هذا الدين ، وتسرى في ذلك القواعد العامة في الإثبات . فإذا كان الالتزام الذي يدعى المدين أن الدائن أبرأه منه تزيد قيمته على عشرة جنهات ، لم يجوز له إثبات الإبراء إلا بالكتابة أو بما يقوم مقامها ، ولو أن الإبراء تصرف قانوني صادر بارادة منفردة ، لأن وجوب الإثبات بالكتابة يسرى على جميع التصرفات القانونية ولو كانت صادرة بارادة منفردة (١) . أما إذا كانت قيمة الالتزام لا تزيد على عشرة جنهات ، جاز للمدين إثبات الإبراء بالبيئة أو بالقرائن . وقد كان التقنين المدني السابق يشتمل على نصوص تقم قرينة قانونية لإثبات التخلص من الدين ، إما من طريق الإبراء أو من طريق الوفاء . فكانت المادة ٢١٩/٢٨٤ تنص على أن « إثبات التخلص من الدين يكون بتسليم سنده أو صورته الواجبة التنفيذ إلى المدين » . وكانت المادة ٢٢٠/٢٨٥ تنص على ما يأتي : « ومع ذلك يجوز للدائن أن يثبت بالبيئة أن وجود السند تحت يد المدين كان لسبب آخر غير تخلصه من الدين » . فكان تسليم الدائن للمدين سند الدين أو صورته الواجبة التنفيذ قرينة قانونية ، قابلة لإثبات العكس ، على براءة ذمة المدين من الدين ، إما عن طريق الوفاء وإما طريق الإبراء (٢) . ولم يسبق التقنين المدني الجديد هذه النصوص ، فنزلت هذه القرينة القانونية إلى مرتبة القرينة القضائية (٣) . والعبرة بتاريخ تسليم السند أو صورته الواجبة التنفيذ ، وهي

(١) الوسيط جزء ٢ فقرة ١٩٣ .

(٢) الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٨٢٩ .

(٣) الوسيط جزء ٢ فقرة ١٨٠ ص ٣٣٨ - ص ٣٣٩ - هذا وقد اشتمل التقنين المدني الفرنسي على نصين ، الأول منهما (١٢٨٢) يقضى بأن تسليم الدائن السند الأصلي العرفي تسليماً اختيارياً إلى المدين يستدل به على تخلص المدين من الدين . ويعبر الفقه الفرنسي هذه القرينة القانونية قاطمة لا تقبل لإثبات العكس ، وهي قرينة إما على الوفاء وإما على الإبراء . -

الواقعة المادية التي تستخلص منها القرينة . فان كان ذلك قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، كانت واقعة التسليم هذه قرينة قانونية قابلة لإثبات العكس ، تطبيقاً لأحكام التقنين المدني السابق ، وإلا فهي قرينة قضائية تطبيقاً لأحكام التقنين المدني الجديد .

٥٨١ - الشروط الموضوعية الواجب توافرها في الإبراء : وقد رأينا أن الفقرة الأولى من المادة ٣٧٢ مدني تنص على أنه « يسرى على الإبراء الأحكام الموضوعية التي تسرى على كل تبرع » .

ومن ثم فالإبراء لا بد فيه من صدور إرادة من الدائن ، ليس لها شكل خاص كما قدمنا ، للتزول عن حقه دون مقابل . وأي تعبير عن هذه الإرادة يكفي ، سواء كان التعبير صريحاً أو ضمنياً (١) . إلا أن الإبراء لا يفترض ، لأنه نزول عن الحق ، فعند الشك لا يكون هناك محل لتفسير إرادة الدائن بأنه قصد الإبراء (٢) . وهذه الإرادة يجب أن تصدر من دائن ذي أهلية كاملة ، والأهلية

= والنص الثاني (م ١٢٨٣) يقضي بأن التسليم الاختياري للصورة الواجبة للتخليد من السند الرسمي يكون قرينة إما على الإبراء وإما على الوفاء ، إلا إذا قام دليل العكس . والقرينة القانونية قابلة لإثبات العكس بصريح النص . وفي مناسبة هاتين القريتين القانونيتين يحجب للفقه الفرنسي فيما يسميه بالإبراء الضمني (*remise tacite de dette*) . انظر في هذه المسألة : بودري وهارد ٣ فقرة ١٧٧٦ - فقرة ١٧٨٨ - بلانيول وريبير ودودان ٧ فقرة ١٣٠٧ - فقرة ١٣١٢ - دي باج ٣ فقرة ٦٧٦ - فقرة ٦٨٣ .

أما في مصر فكل هذه القرائن تعتبر تفصيلية موكولة إلى تقدير القاضي . وقد نقلت تقنين الموجبات والمقود البتاني (م ٢/٣٤٠) من التقنين المدني الفرنسي القرينة القانونية التي اشتملت عليها المادة ١٢٨٢ من هذا التقنين (انظر آتفا فقرة ٥٧٧ في الهامش) .

(١) انظر المادة ٣٤٠ من تقنين الموجبات والمقود البتاني - ولا يشترط في التعبير الصريح أن ينسب مباشرة على الإبراء ، فالخلاصة الصورية التي يعطيها الدائن للمدين تكون تعبيراً صريحاً عن الإبراء (بلانيول وريبير ودودان ٧ فقرة ١٣٠٥ - دي باج ٣ فقرة ٦٧٥ ص ٦٣٤) . ويكون تعبيراً ضمنياً عن الإبراء ، في عقد ملزم للجائين لم يبدأ تنفيذه ، أن ينزل أحد المتعاقدين من سته الثاني من هذا العقد ، فيعتبر هذا التزول إبراءاً ضمنياً من جانب المتعاقد الآخر من سته المقابل ، ويرجع في ذلك إلى نية المتعاقدين (بودري وهارد ٣ فقرة ١٧٧٢) .

(٢) استئناف وطني ٣٠ نوفمبر سنة ١٨٩٣ الحقوق ٨ ص ٣٥٣ - ١٧ أغسطس سنة ١٨٩٧ الحقوق ١٢ ص ٢٨٧ - استئناف مخطط ٢ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٥٢ - ٨ مايو -

هنا هي أهلية التبrec ، لأن الإبراء تصرف تبرعى كما قلنا (١) . فلا يجوز للقاصر ولا للمحجور إبراء المدين من الدين ، لأن أهلية التبrec غير متوافرة فيهما . ولا يجوز للولى ولا للوصى ولا للقيم إبراء مدين الصغير أو المحجور من الدين ، لأنهم لا يملكون ولاية التبrec فى مال محجور بهم . بل لا يجوز لهم ذلك حتى باذن من المحكمة ، فالمحكمة لا تملك ولاية التبrec فى مال المحجور . والإبراء فى جميع هذه الأحوال يكون باطلا . فيجب إذن أن يكون الدائن بالغاً سن الرشد غير محجور عليه ، حتى يصلر منه الإبراء صحيحاً (٢) . كذلك يجب أن تكون إرادة الدائن خالية من العيوب ، فيجب ألا يشوبها غلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال ، وإلا كان الإبراء قابلاً للإبطال . وأكثر ما يشوب الإبراء هو الإكراه ، لأن الدائن لا يرى مدينه عادة ، وإنما هو فى الكثير من الأحوال يكون مكرهاً على ذلك . ومن ثم غنيت المادة ٣٧١ مدنى فى صدرها أن تبرز وجوب خلو الإرادة من الإكراه وأن تكون إرادة مختارة ، فنصت على أن

— سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٤٩ — انظر أيضاً المادة ٤٢٤ من القانون المدنى العراقى فقرة ٥٨٢ فيما يلى فى الحاشى .

فلا تبرا ذمة التكفيل بمصول الدائن على تأمين حقيقى ، لأن الإبراء يفسر فى أضيق الحدود (استئناف وعلى ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٢١ الحاماة ٢ رقم ٦٧ ص ٢١٨) . وإذا رد الدائن التأمين الذى أخذه لضمان دينه إلى المدين لم يقد ذلك أنه أبرأ المدين من الدين ، وإن كان قد يستفاد منه أنه نزل من التأمين (انظر المادة ٣/٢٤٠ من قانون الموجبات والفقد البنى) . وتأجير الدائن لمرتبين العين المرهونة المشتري ، وتعهده هذا المشتري بفتح الدين الدائن المرتبين ، لا يبرأ إبراء قلمين الأصل (الحلة ٢١ فبراير سنة ١٩٢٣ الحاماة ١٣ رقم ٦٥٨ ص ١٣١٣) . وإذا أوصى الدائن لمدينه يمين فى تركه ، لم يقد ذلك أنه أبرأ من الدين (بوردى وبارد ٣ فقرة ١٧٧٥ ص ١٠١ — ودوان فى تسيكلويدى دالوز ، لفظ Remise de dette فقرة ١٨) .

(١) انظر المادة ٤٢١ من القانون المدنى العراقى (أنفاً فقرة ٥٧٧ فى الحاشى) .

(٢) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأحوال الشخصية ٣ ص ٢٩٧ — ولا يصدر الإبراء إلا من الدائن أو وكيله فى الإبراء . فإذا كان هناك دائنون مضمانون ، وأبرأ أحدهم المدين ، وقع هذا الإبراء على حصة الدائن الذى صدر منه الإبراء ، وجاز لكل من باقى الدائنين المضمانين أن يرجع على المدين بالمدين بعد استئصال حصة حسداً الدائن (انظر أنفاً فقرة ١٤١) .

« ينقض الالتزام إذا أبرأ الدائن مدنيته مختاراً (١) » .

وللإبراء ، ككل تصرف قانوني ، محل . ومحل الإبراء هو الالتزام الذي يعبر عنه الدائن منه المدين . ويصحح أن يقع الإبراء على أي التزام (٢) ، ما لم يكن ذلك مخالفاً للنظام العام (٣) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٩٦ - وانظر آتياً فقرة ٥٧٧ في الهامش .
ويمحى أن يكون الإبراء مطلقاً على شرط فإذا كان الشرط فاسخاً أصبح الدين نفسه مطلقاً على شرط واقف ، وإذا كان الشرط واقعاً أصبح الدين مطلقاً على شرط فاسخ (ديمولوب ٢٨ فقرة ٣٨١ - بودي وبارد ٣ فقرة ١٧٦٧ ص ٩٦ - الأستاذ عبد الحى حجازي ٣ ص ٣١٤) . وقد ورد في اللتين الملقى المراق نص صريح يميز تطبيق الإبراء على الشرط ، مخالفاً في ذلك للفقهاء الإسلاميين (انظر م ٢٤٣ من مرشد الميراث) ، فتحت المادة ٤٢٣ من هذا التين على أنه « يصح تطبيق الإبراء ، فإن خلق الدائن إبراء مدنيته من بعض الدين بشرط أداء البعض الآخر وأداء المدين بربى ، وإن لم يؤده فلا يبرأ ويبقى عليه الدين كله » . ويقرب هذا الفرض من فرض الصلح مع المفسد ، فنية التبرع هنا غير واضحة ، إذ أن الدائن إنما أبرأ المدين من بعض الدين ليس من استيفاء البعض الآخر .

(٢) والغالب أن يقع الإبراء على التزام بمنقول غير معين ، وبخاصة على التزام ببلغ مبلغ من النقود ، ولكن لا يوجد ما يمنع من أن يقع على التزام معين مميته بالذات . ولكن إذا كانت ملكية هذه العين تنتقل في الحال بمجرد قيام الالتزام ، لم ينسحق المجهال للإبراء من التزام تم تنفيذه . وكل ما يمكن عمله في هذه الحالة هو أن تعاد الملكية إلى صاحبها الأصل ، ولكن لا من طريق الإبراء بل بعقد جديد ، وتعود الملكية مشغولة بالحقوق العينية التي ترتبت للغير (بودي وبارد ٣ فقرة ١٧٧١ وفقرة ١٧٧٣ - بلاليول وديير وردوان ٧ فقرة ١٣٠٦ ص ٧١٧) .

ولا يجوز النزول من حق قبل كسبه ، وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن القانون يقضى بعدم صحة التنازل من المحقوق قبل وجودها وكسبها ، إذ الإنسان إنما يقتازل عما يثبت له (٢٩ مايو سنة ١٨٩٣ المحقوق ٩ ص ٢٢٥) . وقضت بأنه لا يجوز لأحد فريق الخصوم التنازل عن حق أكسبه إياه حكم ، إذا كان هذا التنازل يضر بمصلحة الفريق الثاني ، بأن يكون ذلك الحكم نفسه قاضياً لهذا الفريق الثاني بحق آخر مقابل الحق الذي قضى به للفريق الأول (ديسبر سنة ١٩٠٢ المحقوق ١٨ ص ١٥٦) .

ويمحى الدائن في التزام طبيعي أن يعبر عنه مدنيته من هذا الالتزام ، فإذا وفى المدين الالتزام بعد الإبراء جاز له استرداده (الأستاذ عبد الحى حجازي ٣ ص ٣١٢ - ص ٣١٣) .
(٣) فلا يجوز النزول من حقوق الولاية والنسب ونحو ذلك من الحقوق المتعلقة بالنظام العام . كما لا يجوز النزول من الحق في النفقة ، وإن كان يجوز إبراء المدين من نفقة متجمعة في ذمة (أوبري ورو ٤ فقرة ٣٢٣ ص ٣٠٧ - بودي وبارد ٣ فقرة ١٧٧١) .

وللإبراء أخيراً ، ككل تصرف قانوني ، سبب . والسبب هو الباعث الدافع إلى الإبراء . فإن كان هذا الباعث مشروعاً ، أصبح الإبراء ، ولا كان باطلاً (١) . وليس في هذا إلا تطبيق للقواعد العامة .

الفرع الثاني

الآثار التي تترتب على الإبراء

٥٨٢ — الإبراء يقضى المبرء : الإبراء سبب من أسباب انقضاء الالتزام . فإذا أبرأ الدائن مدينه من الدين الذي في ذمته ، فقد انقضى هذا الدين بالإبراء كما ينقضى بالوفاء ، وبزمت ذمة المدين . وهذا ما يقضى به صدر المادة ٣٧١ مدني ، إذ يقول : « ينقضى الالتزام إذا أبرأ الدائن مدينه مختاراً » (٢) . على أن الإبراء يرتد بالرد ، وفي هذا يقول حيز المادة ٣٧١ مدني : « ويتم الإبراء متى وصل إلى علم المدين ، ويرتد برده » . فإذا وصل الإبراء إلى علم

(١) كذلك إذا ثبت أن الإبراء كان له باعث معين ، ثم تخلف هذا الباعث ، سقط الإبراء — والإبراء في القانون الألماني تصرف مجرد (acte abstrait) ، فلا يتأثر بالباعث . فإذا إبرأ الدائن مدينه ، انقضى الدين وزالت التأمينات التي كانت تكفله . وإذا تبين بعد ذلك أن الباعث على الإبراء قد تخلف ، لم يسقط الإبراء ، ولم تمد التأمينات ، وإنما يرجع الدائن على المدين بدعوى الإثراء بلا سبب (انظر في مسله المسألة التعلقات على التفتين للمدني الألماني ١ م ٢٩٧ ص ٥٦٢ — ص ٥٦٤ — جوسران ٢ فقرة ٩٥١) .

(٢) وينص التفتين المدني المراق في المادة ٤٢٠ على ما يأتي : « إذا إبرأ الدائن المدين ، سقط الدين » . ثم جاء في المادة ٤٢٤ من نفس التفتين : « ١ — إذا اتصل بالصلح إبراء خاص بالمصالح عنه ، فلا تسع الدعوى في خصوص ذلك وتسع في غيره . وإذا اتصل بالمصالح إبراء عام عن الحقوق والواجبات كافة ، فلا تسع على المبرأ دعوى في أي حق كان قبل الصلح ، وتسع على الحق الحادث بعده » . ٢ — وحكم البراءة المنفردة عن الصلح كمحكم البراءة المتصلة به في الخصوص والعموم » .

وهذا النص ليس إلا تطبيقاً لقاعدة عامة سبقت الإشارة إليها تنقضي بأن الإبراء وهو نزول عن الحق يجب أن يفسر في أمضى الحدود (انظر آنفاً فقرة ٥٨١ — وانظر الأستاذ حسن اللنون في أحكام الالتزام في القانون المدني المراق فقرة ٧٣٠ ص ٣٢٧) .

المدين ، ولم يرد في المجلس الذي علم فيه (١) ، لم يستطع أن يرده بعد ذلك . أما إذا رده في المجلس ، فانه يرتد ويؤول أثره ، ويعود الدين إلى ذمة المدين بعد أن كان قد انقضى بالإبراء ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

ونرى مما تقدم أن الإبراء ، وهو يقضى الدين ، تصرف قانوني يفقر الدائن إذ ينقص من حقوقه . وكذلك الرد ، وهو يعيد الدين إلى ذمة المدين بعد انقضائه ، تصرف قانوني يفقر المدين إذ يزيد في التزاماته (٢) .

ولما كان يسرى على الإبراء الأحكام الموضوعية التي تسرى على كل تبرع ، فإن أحكام الدعوى البولصية تسرى على الإبراء كما تسرى على أي تبرع (٣) .

(١) ولما كان تكيف الإبراء بأنه تصرف قانوني من جانب واحد يرتد بالرد مأخوفاً من الفقه الإسلامي ، وجب الرجوع إلى الفقه الإسلامي لتحديد الوقت الذي يجوز فيه رد الإبراء . فالرد يكون في مجلس الإبراء ، أي في المجلس الذي علم فيه المدين بالإبراء ، فلو رد المدين الإبراء بعد انقضاء هذا المجلس بقى الإبراء نافذاً ولا يرتد . كذلك لو رد المدين الإبراء بعد قبوله إياه لا يرتد ، والقول إذا لم يكن ضرورياً لقيام الإبراء بحمله مع ذلك غير قابل للرد . وقد نصت المادة ١٥٦٨ من المجلة على أنه « لا يشترط الإبراء على القبول ، ولكن يرتد بالرد . فإذا أبرأ واحد آخر ، فلا يشترط قبوله . ولكن إذا رد الإبراء في ذلك المجلس بقوله لا أقبل ، ارتد ذلك الإبراء ، يعني فلا يبق له حكم . ولكن لو رد الإبراء بعد قبوله ، فلا يرتد » . ويقول الأستاذ سليم باز في التعليق على هذا النص : « مفاده أنه يشترط أن يكون الرد في مجلس الإبراء ، فلورده بعد انقضاء لا يصح الرد ، ويبقى الإبراء نافذاً » (شرح المجلة للأستاذ سليم باز م ١٥٦٨ ص ٨٥٣ - ص ٨٥٤) .

(٢) انظر آلفاً بقرة ٥٧٨ - والرد يعيد الدين كما كان ، بجميع مقوماته وصفاته ودفعه وتأثيراته .

(٣) م ١/٢٧٢ مدني - وانظر المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التصديرية ٣ ص ٢٩٧ - ومن الأحكام الموضوعية التي تسرى على التبرعات جواز الرجوع في الحية لعذر مقبول (م ٥٠٠ مدني) ما لم يوجد مانع من الرجوع (م ٥٠٢ مدني) . ويعتبر علراً مقبولا الرجوع في الحية لجهود الموهوب له ، وسيورة الواهب عاجزاً من أن يوفر لنفسه أسباب المعيشة ، وأن يرزق الواهب بعد الحية ولذا أو أن يكون له ولد يظته ميتاً وقت الحية فإذا به حي (م ٥٠١ مدني) . والظاهر أن هذه الأحكام الموضوعية تسرى على الإبراء كما تسرى على الحية (الموجز المؤلف بقرة ٥٩٧ ص ٦١٩ - الأستاذ أحمد حشمت أبو سبت بقرة ٨٢٧ ص ٦٢٣ - الأستاذ عبد الحى حجازي ٣ ص ٣١٢ - وانظر أيضاً في قانون القرنين حيث يجوز الرجوع في الحية لجهود الموهوب له أو لأن الموهوب له قد رزق ولذا وسريان هذه الأحكام =

ويترتب على ذلك أمران : (أولا) يجوز لدائني الدائن الذي صدر منه الإبراء أن يطعنوا في هذا الإبراء بالدعوى البولصية ، كما يطعنون في أى تبرع صادر من مدينتهم . فليس في حاجة إلا إلى إثبات إعسار الدائن الذي صدر منه الإبراء أو زيادة إعساره بسبب هذا الإبراء ، ولا ضرورة لإثبات تراطؤ المدين معه ، بل ولا لإثبات سوء نية الدائن نفسه ، وذلك تطبيقاً للفقرة الثانية من المادة ٢٣٨ مدنى ، وهى تقضى بأنه « إذا كان التصرف تبرعاً ، فإنه لا ينفذ في حق الدائن ، ولو كان من صدر له التبرع حسن النية ، ولو ثبت أن المدين لم يرتكب غشاً » . (ثانياً) وكذلك إذا رد المدين الإبراء ، فإن هذا التصرف من جانبه يكون مفقراً إذ يزيد في التزاماته كما تقدم القول . فيجوز لدائني المدين أن يطعنوا فيه بالدعوى البولصية كما سبق أن بينا (١) ، إذا أثبتوا أن رد الإبراء قد سبب إعسار المدين أو زاد في إعساره ، دون حاجة إلى إثبات تواطؤ الدائن معه ، بل ولا سوء نية المدين .

٥٨٣ - وثقفى مع المبيع تأميناته : وإذ ينقضى الدين بالإبراء ، فإنه ينقضى معه ما كان يكفله من تأمينات ، كرهن أو امتياز أو اختصاص طبقاً للقواعد المقررة .

وقد أورد التقنين المدنى السابق ، في شأن الكفالة الشخصية ، سلسلة من النصوص لم ينقلها التقنين المدنى الجديد ، لأنها مجرد تطبيق للقواعد العامة ، فتسرى أحكامها دون حاجة إلى نص . من ذلك أن نصت المادة ٢٤٤/١٨١

= حل الإبراء . بودرى ويارد ٣ فقرة ١٧٦٩ ص ٩٨ - بلانويك وريبير وودوان ٧ فقرة ١٣٠٦ ص ٧١٧ - بيدان ولاجارد ٩ فقرة ١٠٢٦ - دى باج ٣ فقرة ٦٧٥ . وقد يقال إن الإبراء في الفقه الإسلامى إسقاط ، والساقط لا يعود (انظر شرح المحلة للأستاذ سليم بازم ٥١ ص ٤٠ و م ١٥٦٢ ص ٨٤٨ - ٨٤٩ و م ١٥٦٨ ص ٨٥٣) . ولكن لما كان نص الفقرة الأولى من المادة ٣٧٢ مدنى صريحاً في أنه « يسرى حل الإبراء الأحكام الموضوعية التى تسرى حل كل تبرع » ، فالظاهر أن هذا النص يقضى بريان أحكام الرجوع في المحلة حل الإبراء . (١) انظر آنفاً فقرة ٥٧٨ .

على أن « إبراء ذمة المدين من الدين يترتب عليه إبراء ذمة ضامنيه أيضاً » .
فتبرأ ذمة الكفيل الشخصى ببراءة ذمة المدين ، لأن التزام الكفيل تابع لالتزام
المدين ، فإذا زال الأصل زال التبعية (١) . ويستثنى من ذلك الإبراء الذى يتضمنه
الصلح مع المفلس ، فإنه لا يبرىء ذمة الكفلاء كما رأينا ، بل إن فائدة الكفالة
لا تظهر إلا عند إفلاس المدين فقد أراد الدائن أن يستوثق لحقه من ذلك (٢) .
أما إبراء ذمة الكفيل فلا يبرىء ذمة المدين الأصل ، لأن زوال التبعية لا يستوجب
زوال الأصل ، وفى هذا الصدد تنص المادة ٢٤٧/١٨٤ من التقنين المدنى
السابق على أنه « لا تبرأ ذمة المدين بإبراء ذمة ضامنه » . وإذا تعدد الكفلاء ،
وأبرأ الدائن أحدهم ، فإن ذلك لا يعنى أنه أبرأ الباقين ، بل يجوز له مطالبة
باقى الكفلاء كل بقلدر الجصة التى كفّلها إذا كان الكفلاء غير متضامنين ،
أو أى منهم بالدين بعد استنزال حصة الكفيل الذى أبرأه إذا كان الكفلاء
متضامنين (٣) . هذا كله ما لم يكن الكفيل الذى أبرأه الدائن قد كفّل الدين
بعد أن كفّله الكفلاء الآخرون ، فهو إذا كان متأخراً عنهم لا يكونون قد
اعتمدوا على كفّاله ، فإذا أبرأه الدائن لم يجوز للكفلاء المتقدمين أن يستنزوا
حصته . بل يرجع الدائن على كل منهم بعد تقسيم الدين كله بينهم
دون الكفيل المتأخر إذا كانوا غير متضامنين ، أو يرجع على أى منهم

(١) ولا يجوز للدائن أن يبرىء ذمة المدين الأصل مع استبقائه الكفيل ملتزماً بالدين ،
فإن حق التجريد المسمى بالكفيل يمنع من ذلك . ولكن يظهر أنه يجوز للدائن الاحتفاظ بالكفيل
إذا كان كفّلاً متضامناً مع المدين أو كان كفّلاً مالياً ، مع إبراء ذمة المدين الأصل (بيد أن
ولاجد ٩ فقرة ١٠٣٢) .

(٢) استئناف مخطوط ٢٥ مايو سنة ١٩٢٢ م ٤٤ ص ٣٤١ — بودى وبارد ٣
فقرة ١٧٩٤ — بلانيول ورييه وودوان ٧ فقرة ١٣١٢ — ويلهب بودى وبارد (٣
فقرة ١٧٩٤) إل أن الجزء من الديون الذى أبرأه منه المفلس يبق التزاماً طبعياً فى ذمته ،
ويصلح هذا الالتزام الطبعى أن يكون التزاماً أصلياً تستند إليه الكفالة . وقد رأينا أن الالتزام
الطبعى لا يمكن كفّاله إلا بالتزام طبعى مثله (انظر الوسيط جزء ٢ فقرة ٤٠٣) . هل أننا
لسنا فى حاجة إلى تأصيل بقاء الكفيل ملتزماً بجميع ديون المفلس حتى ما أبرأه منه بالصلح
مع الدائنين ، فإن هذا هو الوضع الطبعى للكفيل ، فهو لم يكفل إلا هذا الإفلاس بالذات ،
فإذا تحقق الإفلاس كان للدائنين حق الرجوع على الكفيل .

(٣) بودى وبارد ٣ فقرة ١٧٩٧ — بلانيول ورييه وودوان ٧ فقرة ١٣١٢ .

بكل الدين إذا كانوا متضامين . فرجوع الكفلاء على الكفيل الذى أبراه الدائن ، بمقدار حصته ، منوط بأن تكون ضمانة هذا الكفيل سابقة لضمانتهم أو مقارنة لها . وفى هذا الصدد تنص المادة ١٨٥/٢٤٨ من القانون المدنى السابق على أنه « إذا تعدد الضامنون فى دين ، وأبرأ الدائن ذمة أحدهم ، جاز للباقي مطالبة بالضمان إذا كانت ضمانيته سابقة على ضمانيتهم أو مقارنة لها (١) » .

(١) لارومبيرو • م ١٢٨٧ فقرة ٤ — ديولومب ٢٨ فقرة ٤٦٨ — ديرانتون ١٢ فقرة ٣٧٥ — مازكاديه ٤ فقرة ٨٠٩ — بودوى وبارد ٣ فقرة ١٧٩٧ مكررة — الموجز المؤلف فقرة ٩٨ — انظر عكس ذلك لوران ١٨ فقرة ٣٧٣ — هيك ٨ فقرة ١٤٠ .
وتنص المادة ١٢٨٨ من القانون المدنى الفرنسى على أن « ما أعده الدائن من الكفيل لإبراء ذمته من الكفالة يستلزم من الدين ، وتبرأ بمقداره ذمة المدين الأصل و ذمة الباقي من الكفلاء » . وهذا هو النص فى أصله لفرنسى *Art. 1288: Ce que le créancier a reçu d'une caution pour la décharge de son cautionnement doit être imputé sur la dette et tourner à la décharge du débiteur principal et des autres cautions.*
وهذا نص يلتزمه الفقه الفرنسى لخالفته القواعد العامة ، إذ أن ذمة الطرفين — الدائن والكفيل — قد انصرفت فى هذه الحالة إلى أن الكفيل دفع مقابلاً لإبراء ذمته من الكفالة ، وقد رضى الدائن بذلك مرفحاً نفسه لخطر ألا يستوفى الدين كله أو بعضه من المدين الأصل . فالتمتع بين الدائن والكفيل عقد احتيالى ، قد يكون مصدر ربح للدائن فيما إذا استوفى كل حقه من المدين الأصل ، وقد ينتهى به إلى الخسارة فيما إذا لم يستوف حقه أو لم يستوف إلا جزءاً منه . فإعده من الكفيل هو المقابل لهذا الخطر الذى عرض نفسه له ، فهو ضرب من التأمين (ديرانتون ١٢ فقرة ٣٧٩ — لارومبيرو • م ١٢٨٨ فقرة ٢ — ديولومب ٢٨ فقرة ٤٦٩ — فقرة ٤٧١ — لوران ١٨ فقرة ٣٧٤ — هيك ٨ فقرة ١٤١ — بلانويك وريبير ودهوان ٧ فقرة ١٣١٢ ص ٧٢٤ — ص ٧٢٥) . ولم ينقل القانون المصرى هذا النص ، فيجب تطبيق القواعد العامة . ومقتضى تطبيقها أن تكون البررة بين الطرفين ، الدائن والكفيل . فإن قصداً أن يفترس الكفيل ذمته بما دفعه للدائن من المقابل ويكون للدائن به ذمة ذلك أن يرجع على المدين بكل الدين ، برئت ذمة الكفيل ، ولا يرجع عليه الدائن إذا لم يستوف كل حقه من المدين ولا يرجع هو على المدين بما أعطاه للدائن ، وكذلك لا يرجع على الدائن حتى لو أسرف هذا كل حقه من المدين . وإن قصداً أن يستنزول المقابل من الدين ، لم تبرأ ذمة الكفيل من باقى الدين ، ويرجع عليه الدائن إذا لم يستوف من المدين ما بقى من حقه ، ويرجع هو على المدين بما أعطاه للدائن . وعند الشك يكون المفروض أن الدائن يأخذ المقابل من الكفيل إيراد ذمته من الكفالة ، ويكون الدائن قد احتفظ بحقه فى الرجوع بكل الدين على المدين ، إذ لو أراد استئزال المقابل من الدين ، لاستبقى الكفيل يرجع عليه فيما إذا لم يستوف من المدين الباقي من حقه .

٥٨٤ - إبراء المدينين المتضامنين - المادة : وقد

يرى الدائن أحد المدينين المتضامنين، فلا تبرأ ذمة المدينين المتضامنين الباقين ،
وللدائن أن يطالب أيًا منهم بالدين بعد استنزال حصة المدين الذي أبرأه . وهذا
ما لم يكن الدائن قد صرح أنه أراد بذلك إبراء جميع المدينين المتضامنين فتبرأ ذمتهم
جميعاً ، أو ما لم يكن على التقيض من ذلك قد احتفظ بحقه في الرجوع على أي من
المدينين المتضامنين الباقين بكل الدين رغم إبراء أحدهم (١) . وقد يرى الدائن
أحد المدينين المتضامنين من التضامن فحسب ، فيبقى حقه في الرجوع على أي من
المدينين الباقين بكل الدين ، ما لم يتفق على غير ذلك (٢) . وفي جميع الأحوال
التي يرى فيها الدائن أحد المدينين المتضامنين ، سواء كان الإبراء من الدين أو
من التضامن ، يكون لباقي المدينين أن يرجعوا عند الاقتضاء على هذا المدين
بنصيبه في حصة المعسر منهم ، إلا إذا أخلى الدائن المدين الذي أبرأه من كل
مسئولية عن الدين ، فيتحمل هو نصيب هذا المدين في حصة المعسر (٣) . وقد
نقدم بيان ذلك تفصيلاً عند الكلام في التضامن (٤) .

(١) م ٢٨٩ مدني - وانظر أيضاً المادة ١٨٢/٢٤٥ من التقنين المدني السابق .

(٢) م ٢٩٠ مدني .

(٣) م ٢٩١ مدني - وانظر أيضاً المادة ١٨٣/٢٤٦ من التقنين المدني السابق .

(٤) انظر آنفاً فقرة ١٩٣ .

الفصل الثاني

استحالة التنفيذ^(*)

(Impossibilité d'exécution)

٥٨٥ - مسأله : متى أصبح تنفيذ الالتزام مستحيلا ، فانه لا عمالة

ينقضى . وهذا ما تقتضيه طبائع الأشياء ، إذ لا التزام بمستحيل :

(à l'impossible nul n'est tenu) .

ونتكلم هنا في مسألتين : (١) متى تحقق استحالة التنفيذ (٢) الآثار التي

ترتب على هذه الاستحالة .

الفرع الاول

متى تحقق استحالة التنفيذ

٥٨٦ - النص من القانون : تنص المادة ٣٧٣ من التقنين المدني

على ما يأتي :

« ينقضى الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء أصبح مستحيلا لسبب أجنبي

لا يدل له فيه (١) » .

* مراجع : ردوان (Radouant) في الحادث النجاشي والقوة القاهرة رسالة من باريس

سنة ١٩٢٠ — لبريه (Lebret) في وقف العقود وقسها : المجلة الانتقادية سنة ١٩٢٤

ص ٥٨١ وما بعدها — ساروت (Sarrante) في وقف تنظيل العقود رسالة من باريس

سنة ١٩٢٩ .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥١٢ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما

استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٨٦ من المشروع

النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب ، لمجلس الشيوخ تحت رقم ٣٧٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية

٣ ص ٢٩٩ — ص ٣٠٠) .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المواد ٢٤٠/١٧٧ و ٢٤١/١٧٨ و ٢٤٢/١٧٩ (١).

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٣٧١ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٣٦٠ - وفي التقنين المدني العراقي المادة ٤٢٥ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادتين ٣٤١/٣٤٢ (٢).

(١) التقنين المدني السابق م ٢٤٠/١٧٧ : تزول الشهادات بالفسخ إذا صار الوفاء بعد وجودها غير ممكن .

م ٢٤١/١٧٨ : إذا صار الوفاء غير ممكن بتقصير المدين ، أو حدث عدم الامكان بعد تكليفه بالوفاء تكليفا رسمياً ، ألزم بالتضمينات .

م ٢٤٢/١٧٩ : إذا انفسخ التعهد بسبب عدم إمكان الوفاء ، تنفسخ أيضاً كافة التعهدات المتعلقة به ، بدون إخلال بما يلزم من التضمينات لمستحقيها في نظير ما حصل عليه غيرهم من المنفعة دون حق ، ولا يترتب على الفسخ إخلال بحقوق الدائنين المرتبطين بالحسن النية (انظر قانون رقم ٧٩ لسنة ١٩٣٣) .

(وأحكام التقنين السابق متفقة مع أحكام التقنين الجديد ، وقد أسهب التقنين السابق في التفريع على الموضوع الأصل . وفي هذا تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي : « لم يفرد المشروع لاستحالة التنفيذ سوى مادة واحدة ، قرر فيها قاعدة انقضاء الالتزام متى أصبح تنفيذه مستحيلاً من جراء سبب أجنبي . أما انقضاء الالتزامات المتعاقبة في العقود المتبادلة ، وحق الدائن في انتفاء التمسك عند رجوع الاستحالة إلى فعل المدين ، فلم يشغل المشروع بهما نصوص هذا الفرع على نحو ما فعل التقنين الراهن (السابق) غافلاً عن انتفاء وجه المناحية . وبهذا وفق المشروع إلى التوسط ، فغف من هذه النصوص دون أن ينفصلها كل الإغفال ، كما فعل المشروع الفرنسي الإيطالي : مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٩٨ — وانظر في التقنين المدني السابق الموجز للوفاء بقرة ٥٩٩ - بقرة ٦٠٢ - الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت بقرة ٨٣٠ - بقرة ٨٣٣) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٣٧١ (مطابقة لمادة ٣٧٣ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني الليبي م ٣٦٠ (مطابقة لمادة ٣٧٣ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٤٢٥ (مطابقة لمادة ٣٧٣ من التقنين المدني المصري — وانظر الأستاذ حسن الدون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي بقرة ٣٧٢ — بقرة ٣٧٤) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٣٤١ : يستط الموجب إذا كان ، بعد نشأته ، قد أصبح

موضوعه مستحيلاً من الوجه الطبيعي أو الوجه القانوني بدون فعل أو خطأ من المدينين .

م ٣٤٢ : يجب على المدين أن يقيم للبرهان على وجود القوة القاهرة ، ويبقى مع ذلك =

ويخلص من هذا النص أن هناك شرطين حتى تتحقق استحالة التنفيذ التي تقضى الالتزام : (١) أن يصبح تنفيذ الالتزام مستحيلا (٢) وأن ترجع هذه الاستحالة إلى سبب أجنبي لا يد للمدين فيه .

٥٨٧ - الشرط الأول - تنفيذ الالتزام يصبح مستحيلا :

يجب أن يصبح تنفيذ الالتزام ، بعد نشوئه ، مستحيلا استحالة فعلية أو استحالة قانونية . ولا يكفي أن يصبح تنفيذ الالتزام مرهقا ، ما دام لا يزال ممكنا .

فيجب أولا أن ينشأ الالتزام ممكنا ، فلا تطرأ الاستحالة إلا بعد نشوئه . ما إذا كان تنفيذ الالتزام منذ البداية مستحيلا ، فانه لا ينشأ أصلا ، ولا محل للقول بانقضاء ما لم يوجد . وإنما يكون العقد الذي رتب الالتزام المستحيل باطلا لعدم توافر الشروط اللازمة في المحل ، فمن شروط المحل أن يكون ممكنا إذا كان عملا أو امتناعا عن عمل ، وأن يكون موجودا إذا كان عيناً معينة بالذات .

ويجب ، بعد أن ينشأ الالتزام ممكنا ، أن يطرأ ما يجعل تنفيذه مستحيلا . أما إذا طرأت حوادث جعلت تنفيذه مرهقا ، مع بقاءه ممكنا ، فلا ينقضى الالتزام . وإنما تنتقل في هذه الحالة إلى نظرية الحوادث الطارئة (théorie de l'imprévision) وأثر الحادث الطارئ في الالتزام ، وهو ما تقرره الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ مدني إذ تقول : « ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسخ توقعها ، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى ، وإن لم يصبح مستحيلا ، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة ، جاز للقاضي ، تبعا للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ، أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول . ويقع باطلا كل اتفاق عن خلاف ذلك » . وقد سبق تفصيل القول في نظرية الحوادث الطارئة (١) .

= لدائن متسع لكي يثبت أن الطارئ الذي وقع جملز عن المدين كان مسبوقا أو مسبوقا بنشأ ارتكبه المدين كإطباء في التنفيذ جعله في حالة التأخر ، وفي مثل هذا الموقف يظل الموجب قائما .

(وهذه الأحكام تتفق مع أحكام الفنين المصري) .

(١) الوسيط جزء أول فقرة ٣١٤ - فقرة ٤٢٣ .

فيجب إذن ، حتى ينقضى الالتزام ، أن يطرأ ما يجعل تنفيذه مستحيلا استحالة فعلية أو استحالة قانونية في الوقت الذي يجب فيه تنفيذه . فلو طرأ ما يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا استحالة مؤقتة ما بين وقت نشوئه ووقت التنفيذ ، ثم زال هذا الطارئ عند حلول ميعاد التنفيذ فأصبح تنفيذ الالتزام ممكنا في هذا الوقت ، فإن الاستحالة السابقة التي زالت لا أثر لها في الالتزام ، بل يبقى الالتزام قائما واجب التنفيذ . وحتى لو كان الالتزام مستحيلا تنفيذه وقت حلول ميعاد التنفيذ ، ولكن هذه الاستحالة ليست دائمة ، وأمكن أن تروى في وقت يكون تنفيذ الالتزام فيه غير متعارض مع الغرض الذي من أجله وجد الالتزام ، فإن هذه الاستحالة المؤقتة ليس من شأنها أن تفسى الالتزام ، بل هي تقتصر على وقفه إلى أن يصبح قابلا للتنفيذ فينفذ (١) .

أما أن يصبح تنفيذ الالتزام مستحيلا استحالة فعلية ، فهذه مسألة واقع يقدرها قاضي الموضوع تقديرأ نهائيا لا معقب عليه من محكمة النقض . فالالتزام ينقل حق صفي ، وإذا وقع على عين معينة بالذات ، يصبح تنفيذه مستحيلا إذا هلك هذا الشيء ، أو تلف تلفا يجعله في حكم المالك ، أو فقد بحيث لا يمكن معرفة مكانه (٢) . وإذا وقع الالتزام على شيء غير معين إلا بنوعه ومقداره ، فمن الصعب أن نتصور استحالة تنفيذ هذا الالتزام ، لأن الشيء غير المعين بالذات يوجد بجنسه ، والجنس لا ينعدم (genera non pereunt) (٣) . ومع ذلك فقد يقع في بعض الأحوال الاستثنائية أن يتعلم التنفيذ ، كما إذا كان المدين ملتزما بتوريد أزهار نادرة أو شيء بطل صنعه فلم يستطع العثور على ما ألزم به (٤) . والالتزام بعمل ، كالتزام المصور برسم صورة ، يصبح تنفيذه مستحيلا إذا أصيب هذا الفنان بفقد يصره أو يبرئ يده فلم يعد قادرا على الرسم (٥) .

(١) بلاتريول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣١٦

(٢) بيدان ولاجار ٩ فقرة ١٠٧٨ .

(٣) أوبري ورد ٤ فقرة ٣٣١ ص ٣٦٦ .

(٤) بلاتريول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣١٥ ص ٧٢٧ - دي باج ٣ فقرة ٦٩٩ ص ٦٥٦ .

(٥) بيدان ولاجار ٩ فقرة ١٠٨٢ ص ١٤٥ - وإذا تعهد مثل بالتفيل في وقت معين ،

وأصيب بمرض في هذا الوقت فتمله عن التفيل ، أصبح تنفيذ التزامه مستحيلا (كولان وكابيتان ٢ فقرة ٥٨٨) .

والالتزام بالامتناع عن عمل يصبح تنفيذه مستحيلاً إذا اضطّر المدين إلى إثبات هذا العمل الذى التزم بالامتناع عنه .

وأما أن يصبح تنفيذ الالتزام مستحيلاً استحالة قانونية ، فهذه مسألة قانون تخضع لرقابة محكمة النقض . من ذلك أن يكون المدين ملتزماً بنقل ملكية أرض ، فتزاع ملكيتها قبل التنفيذ للمصلحة العامة ، فيتلزم تعذراً قانونياً بتنفيذ الالتزام . ومن ذلك أيضاً أن يكون المدين ملتزماً بتوريد شيء ، ثم يحرم القانون صنعه ، فيصبح تنفيذ الالتزام مستحيلاً استحالة قانونية (١) .

٥٨٨ - الشرط الثانى - استحالة التنفيذ ترجع الى سبب أجنبي

ودبر للمدين فيه : ولا يكتفى أن يستحيل تنفيذ الالتزام على النحو الذى قدمناه حتى ينقضى ، بل يجب أيضاً أن تكون هذه الاستحالة راجعة إلى سبب أجنبي لا يد للمدين فيه .

فان كانت الاستحالة راجعة إلى خطأ المدين ، لم ينقض الالتزام . ولكن لما كان تنفيذه العيى أصبح مستحيلاً ، وجب تنفيذه عن طريق التمييز . وحيث يستحيل التنفيذ العيى ويجب التعويض مكانه ، فانه لا يجوز القول بأن الالتزام الأصلى قد انقضى وحل محله التزام جديد محله التعويض . بل إن الالتزام باق بعينه ، وإنما تحول محله من التنفيذ العيى إلى التعويض . وهذا التحول يجرى بحكم القانون تمثيلاً مع مقتضى إرادة الطرفين ، فليس مما يتعارض مع إرادتهما ، إذا تلزم التنفيذ العيى بخطأ المدين ، أن يتحول محل الالتزام إلى تعويض . وقد سبق الإشارة إلى ذلك (٢) . ولهذا التكييف أهمية عملية كبيرة . فلو قلنا إن الالتزام الأصلى قد انقضى وحل محله التزام جديد ، لترتب على ذلك انقضاء التأمينات التى كانت تكفل الالتزام الأصلى وانقطاع مدة التقادم التى

(١) ومنع حرم الرق أصبح التماثل فى الرقيق مستحيلاً استحالة قانونية (بودرى وهارد ٣ فقرة ١٩١٧ ص ٢٥٠ - بيدان ولاجار ٩ فقرة ١٠٧٩ ص ١٤٣) . وإذا قيدت ، أثناء الحرب مثلاً ، الكليات التى تستهلك من البنزين أو الغاز أو الكهرباء ، أصبح الالتزام الذى يتعارض تنفيذه مع هذه القيود مستحيلاً استحالة قانونية (بيدان ولاجار ٩ فقرة ١٠٨٢) .
(٢) الوسيط جزء ٢ فقرة ٤٠٩ .

كانت تمرى ضد هذا الالتزام ، ولترتب على ذلك أيضاً أن الالتزام بالتعويض الذى ينشأ من عدم تنفيذ العقد يكون التزاماً جديداً ليس مصدره العقد بل يكون المصدر خطأ تقصيرياً من المدين . أما إذا أخذنا بالرأى الصحيح وقلنا إن الالتزام يبقى بعينه مع تحول محله ، لترتب على ذلك أن التأمينات التى كانت تكفل التنفيذ العيى لا تنقضى ، بل تتحول إلى كفالة التعويض . ولترتب على ذلك أيضاً أن مدة التقادم لا تنقطع ، بل تبقى سارية ضد الالتزام بعد أن تحول محله من تنفيذ عيى إلى تعويض . فلو كانت المدة التى انقضت أربع عشرة سنة مثلاً ، ثم استحال تنفيذ الالتزام بخطأ المدين فتحول محله إلى تعويض ، فإن حق الدائن فى التعويض يسقط بالتقادم بعد انقضاء سنة واحدة وهى التى تكمل المدة التى انقضت إلى خمس عشرة سنة ، لا بانقضاء مدة تقادم جديدة فيما لو قلنا إن الالتزام بالتعويض هو التزام جديد . ولترتب على ذلك أخيراً أن الالتزام بالتعويض الذى ينشأ من عدم تنفيذ العقد هو عين الالتزام الذى نشأ من العقد منذ البداية ، فيكون مصدره العقد لا خطأ تقصيرياً من المدين (١) .

أما إذا كانت الاستحالة راجعة إلى سبب أجنبى (٢) — والسبب الأجنبى هو الحادث الفجائى (cas fortuit) أو القوة القاهرة (force majeure) ، وخطأ الدائن (faute du créancier) ، وفعل الغير (fait d'un tiers) — فإن الالتزام ينقضى أصلاً ، ولا يقتصر الأمر فيه على أن يتحول محله إلى تعويض ، فالتعويض لا يكون مستحقاً ما دامت استحالة التنفيذ ترجع إلى سبب أجنبى ولا ترجع إلى خطأ المدين . وعب إثبات السبب الأجنبى يقع على المدين ، إذ بعد أن يثبت الدائن وجود الالتزام يجب على المدين أن يثبت تخلصه منه وفقاً للقواعد العامة ، وهنا لا يستطيع المدين أن يتخلص من الالتزام إلا إذا أثبت

(١) بودرى وهارد ٣ فقرة ١٩١٨ — بلايوك وريبير وردوان ٧ فقرة ١٩١٦ ص ٧٢٨ — بيدان ولاجار ٩ فقرة ١٠٧٨ ص ١٤٣ — الموجز المؤلف فقرة ٤٤٢ ص ٤٣٩ ولكن قارن فقرة ٦٠١ ص ٦٢٢ .

(٢) ويلاحظ أن السبب الأجنبى الذى يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً فينقضى إنما ينطبق بالأخص على الالتزامات العقدية . أما الالتزام الذى ينشأ من عمل غير مشروع ، فهو لا ينشأ أصلاً — وبالأولى لا ينقضى — بالسبب الأجنبى ، لأن السبب الأجنبى يظل رابطة السببية فلا يتولد الالتزام (دج پاچ ٣ فقرة ٦٩٩ ص ٦٥٧) . والله ينقضى بالسبب الأجنبى إنما هو الالتزام القانونى العام ألا يضر شخص آخر بعمل غير مشروع ، إذا جاز أن يعد هذا التزاماً .

استحالة التنفيذ وأنها راجعة إلى سبب أجنبي (١) .

هذا وقد يرجع السبب الأجنبي إلى خطأ من المدين ، كما إذا كانت العين التي التزم بها قد احترقت أو سرقت وكان ذلك مصحوباً بتقصير من المدين . فلا يعتمد في هذه الحالة بالسبب الأجنبي ، بل تعتبر استحالة التنفيذ راجعة إلى خطأ المدين ، ولا ينقضي الالتزام ، بل يتحول عمله من تنفيذ عيني إلى تعويض (٢) . وعبء إثبات خطأ المدين يقع في هذه الحالة على الدائن .

وقد يتحمل المدين تبعه السبب الأجنبي ، فلا ينقضي الالتزام حتى لو استحالة تنفيذه بسبب أجنبي ، ويتحول عمله إلى تعويض . ويكون المدين في هذه الحالة إزاء الدائن بمثابة المؤمن ، يؤمنه من الحوادث التي ترجع إلى القوة القاهرة (٣) .

كذلك إذا استحالة تنفيذ الالتزام بسبب أجنبي ، ولكن الدائن كان قد أعلر المدين قبل استحالة التنفيذ ، فإن الإعذار يجعل المدين مسؤولاً عن استحالة التنفيذ كما لو كانت هذه الاستحالة ترجع إلى خطئه ، فلا ينقضي الالتزام بل يتحول عمله إلى تعويض . وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٢٠٧ مدني على هذا الحكم صراحة إذ تقول : « إذا التزم المدين أن ينقل حقاً عينياً أو أن يقوم بعمل ، وتضمن التزامه أن يسلم شيئاً ولم يقم بتسليمه بعد أن أعلر ، فإن هلاك الشيء يكون عليه ولو كان الهلاك قبل الإعذار على الدائن (٤) » . على أن الالتزام ينقضي ، حتى لو كان المدين قد أعلر قبل استحالة التنفيذ ، إذا أثبت أن الشيء كان يهلك كذلك عند الدائن لو أنه سلم إليه . وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٢٠٧ مدني على هذا الحكم صراحة

(١) بودري وبارد ٣ فقرة ١٩٢٢ - بلانيول وريبير ودوان ٧ فقرة ١٣١٨ - وتقدير ما إذا كانت الواقعة المسمى بها تعتبر قوة القاهرة هو تقدير موضوعي تملكه محكمة الموضوع في حدود سلطات التقديرية ، ما دامت قد أثبتت قضياعها على أسباب سائلة (نقض مدني ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ١٤٥ ص ١٠٢٢) ، وما دامت الشروط اللازمة قانوناً لقيام القوة القاهرة متوافرة .

(٢) بودري وبارد ٣ فقرة ١٩٢٣ - وانظر للمادة ٣٤٢ من تقنين الموجبات والمقود البناني (أ) نفاً فقرة ٨٦ في الهامش) .

(٣) نقض مدني ٢٩ أكتوبر سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٧٣ ص ٧٤٦ .

(٤) الوسيط جزء ٢ فقرة ٤٣٢ .

إذ تقول : « ومع ذلك لا يكون الهلاك على المدين ، ولو أعلن ، إذا أثبت أن الشيء كان يهلك كذلك عند الدائن لو أنه سلم إليه ، ما لم يكن المدين قد قبل أن يتحمل تبعة الحوادث المفاجئة (١) » . بل إنه إذا كان الالتزام مترتباً في ذمة السارق برد الشيء المسروق ، فإنه لا ينقضى حتى لو هلك الشيء بسبب أجنبي ، وحتى لو لم يكن السارق معزراً قبل هذا الهلاك ، وحتى لو أثبت السارق أن الشيء كان يهلك عند صاحبه لو أنه رده إليه . وهذا ما تنص عليه صراحة الفقرة الثالثة من المادة ٢٠٧ مدني إذ تقول : « على أن الشيء المسروق إذا هلك أوضاع بأية صورة كانت ، فإن تبعة الهلاك تقع على السارق (٢) » .

الفرع الثاني

الآثار التي تترتب على استحالة التنفيذ

٥٨٩ - **انقضاء الالتزام وتوابعه** : يترتب على استحالة تنفيذ الالتزام بسبب أجنبي على النحو الذي قلناه أن ينقضى هذا الالتزام ، إذ التنفيذ قد أصبح مستحيلاً ، والمدين خير مسئول عن هذه الاستحالة ، فلا مناص من القول بانقضاء الالتزام (٣) .

وينقضى الالتزام بتوابعه ، وبخاصة تنقضي جميع التأمينات العينية والشخصية

-
- (١) بلانيول وريبير وودوان ٧ فقرة ١٣٢٢ - دي باج ٣ فقرة ٧٠٢ .
(٢) توليه ٧ فقرة ٤٨٦ - بودي وبارد ٣ فقرة ١٩٢٥ - بلانيول وريبير وودوان ٧ فقرة ١٣٢٣ - جوسران ٢ فقرة ٩٦٢ - دي باج ٣ فقرة ٧٠٢ - وقارن أوبري وود ٤ فقرة ٣٣١ ص ٣٦٥ هامش رقم ٦ - ديراللون ١٢ فقرة ٥٠٦ - والفرف في كل ذلك الوسيط جزء ٢ فقرة ٤٣٢ ص ٧٨٨ .
(٣) المذكرة الإيضاحية للمشروع النهائي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٩٩ - وإذا هلك الشيء هلاكاً جزئياً بسبب أجنبي ، تخلف المدين من الالتزام بتسليمه إلى الدائن الجزء غير الهالك (بودي وبارد ٣ فقرة ١٩١٦) ، ويجوز للدائن في هذه الحالة أن يرفض قسماً الجزء غير الهالك لأنه لا يجبر على لاقاء الجزئي (بلانيول وريبير وودوان ٢ فقرة ٢٠١٣ - أنسيلكويدى دالوز ٣ لفظ *per te de la chose due* فقرة ٤) .

التي كانت تكفله . فاذا كان هناك رهن أو حق امتياز أو حق اختصاص يكفل الالتزام قبل استحالة تنفيذه ، فإن هذه الحقوق العينية تنقضى بانقضاء الالتزام ، ويجب على الدائن أن يقوم بالأجراءات الواجبة لشطب القيد الذي كان يشهر هذه التأمينات .

وإذا كان للالتزام كفيل شخصي ، ثم استحال تنفيذه بسبب أجنبي فانقضى ، وبرئت ذمة المدين منه ، فإن ذمة الكفيل الشخصي تبرأ تبعاً لبراءة ذمة المدين .

وقد يكون الالتزام مترتباً في ذمة مدينين متضامين متعددين ، ثم يستحيل تنفيذه بسبب أجنبي فينقضى ، فتبرأ ذمة جميع المدينين المتضامين . أما إذا استحال التنفيذ خطأً أحد المدينين المتضامين دون الباقي ، فإن خطأ هذا المدين لا يمتد أثره إلى باقي المدينين المتضامين ، ويكون هذا المدين وحده هو المسؤول عن التعويض . أما الباقي فيعتبر خطأ المدين بالنسبة إليهم من قبيل فعل الغير ، أي يعتبر سبباً أجنبياً ، فينقضى الدين بالنسبة إليهم ، وتبرأ ذمتهم منه . وقد سبق بيان ذلك عند الكلام في التضامن (١) .

كذلك إذا كان الالتزام مترتباً في ذمة المدين لمصلحة عدد من الدائنين المتضامين ، واستحال تنفيذه لسبب أجنبي ، فإنه ينقضى بالنسبة إلى جميع الدائنين المتضامين .

ومضى انقضى الالتزام وتوابعه ، فإن المدين يلتزم أن ينزل الدائن عما قد يكون له من حق أو دعوى في التعويض عن الشيء الذي هلك . فاذا كان الشيء مؤمناً عليه فاستحق المدين مبلغ التأمين ، أو كان هلاك الشيء بفعل أجنبي

(١) انظر أولاً لفظة ١٨٩ ص ٣٠٩ هامش رقم ٢ - وقارن المادة ١٢٠٥ من التقنين المدني الفرنسي ويورد ويارد ٣ فقرة ١٩٢١ .

هذا وإذا استحال تنفيذ الالتزام خطأً المدين ، فإن المثل يتحول إلى تعويض كما قلنا ، ولا تبرأ ذمة المدين . كذلك لا تبرأ ذمة الكفيل بل يبقى كفيلاً للتعويض ، وكذلك لا تنقضى التأمينات بل تبقى ضامنة للتعويض (يورد ويارد ٣ فقرة ١٩٢١ ص ٢٥٥) .

أما إذا هلك الشيء بفعل الكفيل ، فإن ذمة المدين الأصل تبرأ من الدين ، إذ يعتبر مثل الكفيل سبباً أجنبياً بالنسبة إلى المدين الأصلي (يورد ويارد ٣ فقرة ١٩٢١ ص ٢٥٥) . وتبرأ ذمة الكفيل - باعتباره كفيلاً - براءة ذمة المدين الأصلي ، ولكن الكفيل يكون مسؤولاً عن فعله ككفيل أصلي نحو الدائن .

فاستحق المدين التعويض ، وجب على المدين أن ينقل إلى الدائن حقه في مبلغ التأمين أو حقه في التعويض . وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد يتضمن نصاً في هذا المعنى ، هو نص المادة ٢٨٣ من هذا المشروع ، وكانت تجرى على الوجه الآتى : « فى الالتزام بنقل حق عيى ، إذا هلك الشيء أو ضاع أو خرج من التعامل لسبب أجنبى لا يد للمدين فيه ، ألزم المدين أن يتنازل للدائن عما قد يكون له من حق أو دعوى فى التعويض عن هذا الشيء » . وقد حذف هذا النص فى لجنة المراجعة ، لأن الحكم الوارد فيه حكم تفصيلى يمكن فيه تطبيق القواعد العامة (١) . وورد فى تقنين الموجبات والعقود اللبناني نص صريح فى هذا الحكم ، هو نص المادة ٣٤٣ (٢) .

٥٩٠ - تحمل التبعة فى المقر وفى الملك : وإذا انقضى الالتزام لاستحالة تنفيذه بسبب أجنبى فقد انقضى دون أن يستوفى الدائن حقه ، لا حيناً ولا بمقابل .

(١) مجموعة الأعمال الصحفية ٢ ص ١٩٠ هامش رقم ١ - وانظر الوسيط جزء ٢ فقرة ٤٢٢ ص ٧٨٧ هامش رقم ١ . ويشمل التقنين المدنى الفرنسى حل نص يقرر هذا الحكم هو المادة ١٣٠٣ . وهذا النص ينفقده الفقه الفرنسى . فهو قد كان مفهوماً فى ضوء تقاليد القانون الماضية وأحكام القانون الرومانى ، إذ كان البيع لا ينقل الملكية . فيظل البائع مالكا لشيء ، فإذا هلك كان البائع هو الذى يملك دعوى التعويض ، ومن ثم وجب أن ينقلها إلى المشتري . أما الآن فالبيع ينقل الملكية إلى المشتري ، ودعوى التعويض يملكها المشتري مباشرة ، دون حاجة إلى أن ينقلها إليه البائع . حل أن النص لا يزال مفيداً فى الحالات التى يتراسخ فيها نقل الملكية إلى المشتري ، فهلك الشيء قبل أن تنتقل الملكية إليه (أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٢١ ص ٣٦٥ هامش رقم ٥ - بودى وبارد ٣ فقرة ١٩٢٦ - فقرة ١٩٢٧ - بلانويول وديبير وردوان ٧ فقرة ١٣١٩ - دى باج ٣ فقرة ٧٠٤ - بلانويول وديبير وهولانجيه ٢ فقرة ٢٠١٤ - كولان وكايتان ٢ فقرة ٥٨٨ - أنيكولويدي والوز ٣ فقرة ١٩٣٠) فخرنا الخاص بالتأمين . فقرة ٧ - فقرة ٨ . وانظر المادة ٣٧ من قانون ١٢ يولي سنة ١٩٣٠ فخرنا الخاص بالتأمين . (٢) ويجرى هذا النص على الوجه الآتى : « لا تبرأ ذمة المدين من أجل القوة القاهرة إلا بقدر استحالة التنفيذ ، فيمكن إذن ألا يكون سقوط الموجب إلا جزئياً . وفى جميع الأحوال ، حتى فى حالة سقوط الموجب كله ، يلزم المدين أن يتنازل للدائن عن الحقوق والداوى المختصة بالتعويض ما يعلق بالموجب السابق ، كما يلزمه أن يسلم إليه ما يبق من الشيء المالك إن كانت هناك بقية » . وانظر فى وجوب تسليم بقية الشيء المالك : بودى وبارد ٣ فقرة ١٩٢٧ ص ٢٦٥ - بلانويول وديبير وردوان ٧ فقرة ١٣١٩ ص ٧٣١ .

ومن ثم إذا نظر إلى هذا الالتزام وحده ، كان الدائن هو الذى يتحمل تبعه استحالة التنفيذ ، إذ عليه هو الغرم دون المدين . ويصدق ذلك ، فيتحمل الدائن وحده تبعه استحالة التنفيذ ، إذا كان الالتزام الذى استحاله تنفيذه ناشئاً من عقد ملزم لجانب واحد . ذلك أن المدين فى هذا العقد تبرأ ذمته وينقضى التزامه باستحالة تنفيذه ، دون أن يكون للدائن تعويض مقابل ، إذ العقد لا ينشأ إلا هذا الالتزام فى جانب المدين . أما إذا كان الالتزام ناشئاً من عقد ملزم للجانبين ، واستحال تنفيذ أحد الالتزامين المتقابلين بسبب أجنبي ، فانقضى هذا الالتزام ، فإن الالتزام المقابل ينقضى تبعاً لانقضاء الالتزام الأول . وقد نصت المادة ١٥٩ مدنى على هذا الحكم صراحة إذ تقول : « فى العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه ، انقضت معه الالتزامات المقابلة له ، وينفسخ العقد من تلقاء نفسه (١) » . ويترتب على ذلك أن المدين فى العقد الملزم للجانبين ، إذا انقضى التزامه لاستحالة تنفيذه بسبب أجنبي يتحمل مع ذلك تبعه استحالة التنفيذ ، ولا يتحملها الدائن كما يتحملها فى العقد الملزم لجانب واحد . ذلك أن المدين ، إذا كان قد تحمل من تنفيذ التزامه بسبب استحالة تنفيذه ، يجد فى الوقت ذاته الالتزام الذى له فى ذمة الدائن - وهو الالتزام المقابل - قد انقضى هو أيضاً بسبب انقضاء الالتزام الأول ، وانفسخ العقد ، فيقع عليه الغرم ، ومن ثم كان هو الذى يتحمل التبعة . وهذه هى نظرية تحمل التبعة فى العقد ، وهى كما نرى ترتبط ارتباطاً وثيقاً بانقضاء الالتزام لاستحالة تنفيذه بسبب أجنبي ، وقد سبق أن عالجتاها فى الجزء الأول من الوسيط (٢) .

وهناك إلى جانب تحمل التبعة فى العقد تحمل التبعة فى الملك . وقد انفرد التقنين المدنى العراقى بالنص على تحمل التبعة فى الملك ، عقب النص الذى أورده فى خصوص انقضاء الالتزام لاستحالة تنفيذه بسبب أجنبي . وتقتصر هنا

(١) انظر الوسيط جزء أول فقرة ٤٨٩ - فقرة ٤٩٠ .

(٢) الوسيط جزء أول فقرة ٤٨٩ - فقرة ٤٩٠ - وانظر أيضاً ص ٦٩٩ فقرة ٦٥٧ - ص ٦٥٨ - أنسكلويدى دالوز ٣ لفظ *per te de la chose due* فقرة ٦ - المرجع للمؤلف فقرة ٦٠٢ - الأستاذ عبد الحى حجازى ٢ ص ٣٤٣ - ص ٣٤٧ - الأستاذ إسماعيل خانم فى أحكام الالتزام فقرة ٣٠٠ ص ٣٧٧ .

على إيراد النصوص التي اشتمل عليها هذا التفتين في هذه المسألة ، مع التعليق عليها في إيجاز (١) .

نصت المادة ٤٢٦ من التفتين الملقى العراق على أنه « إذا انتقل الشيء إلى يد غير يد صاحبه ، بعقد أو بغير عقد ، وهلك دون تعد أو تقصير ، فإن كانت اليد يد ضمان هلك الشيء على صاحب اليد ، وإن كانت يد أمانة هلك الشيء على صاحبه » . ونصت المادة ٤٢٧ على أنه « ١ - تكون اليد يد ضمان إذا حاز صاحب اليد الشيء بقصد تملكه ، وتكون يد أمانة إذا حاز الشيء لا بقصد تملكه بل باعتباره نائباً عن المالك . ٢ - وتقلب يد الأمانة إلى يد ضمان ، إذا كان صاحب اليد ولو بغير قصد التملك ، قد حبس الشيء عن صاحبه دون حق أو أخذه بغير إذنه » .

وتفرض هذه النصوص أن شيئاً قد انتقل من يد مالكة إلى يد غير المالك ، سواء انتقل بعقد كعارية أو وديعة أو إيجار ، أو انتقل بغير عقد كحيازة بحسن نية أو بسوء نية أو غصب . ثم يهلك الشيء في يد غير المالك بسبب أجنبي . فإذا كان هناك التزام مترتب في ذمة غير المالك برد الشيء إلى صاحبه ، وقلنا إن هذا الالتزام ينقضي لاستحالة تنفيذه بسبب أجنبي ، فإن المالك هو الذي يتحمل تبعه هلاك الشيء وقد هلك في غير يده . وهنا يميز التفتين الملقى العراق - أخذاً بأحكام الفقه الإسلامي - بين يد الضمان ويد الأمانة . فإن كانت يد غير المالك يد ضمان ، فإن التزامه برد الشيء إلى المالك لا ينقضي باستحالة تنفيذه ، بل يتحول هذا الالتزام إلى تعويض ، ويتحمل هو تبعه هلاك الشيء . أما إن كانت يد غير المالك يد أمانة ، فإن التزامه برد الشيء إلى المالك ينقضي باستحالة تنفيذه ، ويتحمل المالك إذن تبعه هلاك الشيء وإن كان قد هلك في غير يده ، لأنه هلك في يد هي يد أمانة . ثم يضع التفتين العراق معياراً ليد الضمان وليد الأمانة ، فيد الضمان هي يد غير المالك إذا حاز الشيء بقصد تملكه ، ويد الأمانة هي يد غير المالك إذا حاز الشيء لا بقصد تملكه بل باعتباره نائباً عن المالك . فالغاصب ، والحائز بقصد التملك لاسيما إذا كان سيء النية ،

(١) والتفتين الملقى العراق وحده هو الذي أورد هذه النصوص ، كما قلنا ، فلم ترد في التفتين الملقى المصري ، ومن ثم يجب في مصر تطبيق القواعد العامة في هذه المسائل .

ومن أخذ الشيء على سوم الشراء ، كل هؤلاء يدهم على الشيء يد ضمان . فان هلك بسبب أجنبي ، وجب عليهم الضمان ، وتحملوا هم دون المالك تبعه الهلاك . أما المستعير والمودع عنده والمستأجر ومن أخذ الشيء على سوم النظير ، فهؤلاء يدهم يد أمانة . فان هلك الشيء في يدهم بسبب أجنبي ، هلك على مالكه ، وانقضى التزام الحائز برد الشيء إلى مالكه لاستحالة تنفيذه بسبب أجنبي .

ومع ذلك فان يد الأمانة تنقلب إلى يد ضمان ، فتكون تبعه الهلاك في هذه الحالة على الحائز لا على المالك ، إذا كان الحائز ، ويده قد بدأت يد أمانة ، قد حبس الشيء عن صاحبه دون حق ، أو أخذه بغير إذنه ، ولو كان قد فعل هذا أو ذاك بغير قصد التملك . ذلك أن الحائز ، في هاتين الحالتين ، يكون بمثابة المدين المعذر الذي يتحمل تبعه هلاك الشيء ولو بسبب أجنبي .

يبقى بعد كل ذلك موقف البائع لعين معينة بالذات ، قبل تسليم هذه العين للمشتري . فهو من وجه يحوز الشيء بعد البيع لا بقصد تملكه ، وهو من وجه آخر يلتزم بتسليم الشيء إلى المشتري وهذا الالتزام مكمل لنقل الملكية ولم يتم بعد بتنفيذ التزامه . فان هلك الشيء في يده قبل التسليم ، فهل تكون يده يد أمانة ولا يهلك الشيء عليه اعتباراً بأنه لا يحوز الشيء بقصد تملكه ، أم تكون يده يد ضمان ويهلك الشيء عليه اعتباراً بأنه لم يتم بعد بواجب التسليم وهو التزام مكمل لنقل الملكية ؟ تجيب المادة ٤٢٨ من التقنين المدني العراقي على هذا السؤال بما يأتي : « إذا انتقلت ملكية الشيء بعقد ، كانت يد المالك القديم قبل التسليم يد ضمان ، وتنقلب يد أمانة إذا امتنع واجب التسليم بقيام سبب للحبس » . ومعنى ذلك أن المبيع يهلك على البائع قبل التسليم ، لأن يده تعتبر يد ضمان وإن كان غير مالك ، إذ لا يزال مرتباً في ذمته واجب التسليم ولم يتم به وهو التزام مكمل لنقل الملكية . أما إذا قام سبب لحبس البائع المبيع في يده ، بأن كان لم يستوف ثمنه الواجب الأداء ، فامتنع واجب التسليم بسبب قيام سبب الحبس ، فان يد البائع ، وقد كانت يد ضمان كما رأينا ، تنقلب إلى يد أمانة . فاذا هلك الشيء بسبب أجنبي ، وهو محبوس في يده بسبب عدم استيفاء الثمن ، لم يهلك عليه بل يهلك على المشتري .

الفصل الثالث

التقادم المسقط (*)

(Prescription extinctive)

تمهيد

٥٩١ - التقادم المسقط والتقادم المكسب - وجوب الفصل بينهما:

جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد : « وفق التقنين الحالى (السابق) فى المباحدة بين أحكام التقادم المسقط وبين أحكام التقادم المكسب ، وقد تبعه المشروع فى ذلك . والحق أن هذين النظامين يختلفان كل الاختلاف من حيث الغاية والتطبيق والشخصات الذاتية (١) » . فالتقنين المدنى الجديد قد فصل إذن - كما فصل التقنين المدنى السابق - ما بين التقادم

* مرجع : جوسار (Gossart) فى التقادم المسقط فى النعوى رسالة من باريس سنة ١٨٨٦ - جندارد (Gondard) فى وقف التقادم وقاعدة وقف التقادم حيث يعطى على الدائن قطع سريانه رسالة من باريس سنة ١٩٠٤ - جبرى (Query) فى تقادم الدعوى العامة والدعوى المدنية رسالة من رن سنة ١٩٠٥ - بكنيو (Péquignot) فى التقادم الاتفاق رسالة من ديجون سنة ١٩٠٥ - جوردان (Jourdan) فى التقادم فى التقنين المدنى الألمانى رسالة من باريس سنة ١٩٠٦ - بشلر (Becherel) فى تقادم الحقوق الملقة على شرط رسالة من باريس سنة ١٩٠٩ - روشفور (Rochefort) فى تقادم الحقوق الملقة على شرط رسالة من باريس سنة ١٩١٠ - هولوى (Holleaux) فى تطور القواعد الخاصة بمدد التقادم القصيرة القائمة على قرينة الوفاء - رسالة من باريس سنة ١٩٢٧ - مونتيل (Montel) بعض اعتبارات فى مسألة تنقيح التقادم : المجلة الفعلية لقانون المدنى سنة ١٩٣٦ ص ٦٣٧ - كاربوننييه (Carbonnier) فى قاعدة وقف التقادم حيث يعطى على الدائن قطع سريانه : المجلة الانتقادية سنة ١٩٣٧ ص ١٥٥ - تعليقات على التقادم المسقط : المجلة الفعلية لقانون المدنى سنة ١٩٥٢ ص ١٧١ - فاسير (Vasseur) فى مواعيد للسقوط ومواعيد التقادم ومواعيد المرافعات : المجلة الفعلية لقانون المدنى سنة ١٩٥٠ ص ٤٣٩ - الأستاذ عبد المنعم البدرابى فى أثر معنى المدة فى الالتزام رسالة من القاهرة سنة ١٩٥٠ .

(١) مجموعة الأعمال التمهيدية ٣ ص ٣٠٠ .

المسقط فجعل مكانه بين أسباب انقضاء الالتزام ، وبين التقادم المكسب فجعل مكانه بين أسباب كسب الحقوق العينية .

والفرق بين هذين النوعين من التقادم ظاهر . فالتقادم المسقط يقضى الحقوق الشخصية والعينية (١) على السواء ، إذا لم يستعمل صاحب الحق حقه مدة معينة حددها القانون . أما التقادم المكسب - وتقرن به الحيازة دائماً - فيكسب الحائز مآزاه من حقوق عينية بعد أن تستمر حيازته لها مدة معينة حددها القانون . ونرى من ذلك أن التقادم المسقط لا يقرن بالحيازة ، ويسقط الحقوق العينية كما يسقط الحقوق الشخصية . وهذا بخلاف التقادم المكسب ، فانه يقرن بالحيازة ، ويكسب الحقوق العينية دون الحقوق الشخصية . والتقادم المسقط لا يتمسك به إلا عن طريق الدفع ، فإذا رفع صاحب الحق الذى يسقط بالتقادم دعواه أمكن المدعى عليه أن يدفع هذه الدعوى بالتقادم المسقط . أما التقادم المكسب فيتمسك به عن طريق الدفع وعن طريق الدعوى على السواء ، فللحائز أن يدفع دعوى الاستحقاق المرفوعة عليه من المالك بالتقادم المكسب ، كما أن له إذا انتزعت منه الحيازة أن يرفع دعوى الاستحقاق على الحائز الجديد ويتمسك قبله بالتقادم المكسب . ثم إن التقادم المكسب يعتد فيه بحسن النية ، إذ الحائز حسن النية يملك الحق فى مدة أقصر من المدة التى يملكه فيها الحائز سيئ النية . أما فى التقادم المسقط فلا يعتد بحسن النية ، والمدة التى يحددها القانون لسقوط الحق تقصر أو تطول تبعاً لطبيعة هذا الحق ، لا تبعاً لثبوت حسن النية أو انتفائه (٢) .

ونقتصر هنا على الكلام فى التقادم المسقط للحقوق الشخصية . أما الكلام فى

(١) فيما عدا حق الملكية .

(٢) على أن كلا من التقادم المسقط والتقادم المكسب يخضع لقواعد واحدة فيما يتعلق بحساب المدة ووقف التقادم وانقطاعه وانسك به . وهذا مادامه التفتين المدنى الفرنسى إلى الجمع بين النوعين فى باب واحد ، صدر هذه القواعد المشتركة . ويعتقد الفقه الفرنسى هذا المبدأ ، ويوجب على التفتين المدنى الفرنسى جمعه بين نظامين يختلفان اختلافا جوهريا فى لقاية والتعلق والمقومات . ولم يشأ بوتيه أن يجمع بينهما ، فقد أفرد لتقادم المكسب كتابا خاصاً ووضع التقادم المسقط فى كتاب الالتزامات (الأستاذ عبد المنعم البدرى فى أثر معنى المدة فى الالتزامات - فقرة ٣٠ - فقرة ٣١) .

التقادم المسقط للحقوق العينية (١) والتقادم المكسب لهذه الحقوق فيكون عند الكلام في الحقوق العينية .

٥٩٢ - الأساس الذي يرتكز عليه التقادم المسقط : يرتكز التقادم

المسقط على اعتبارات تمت للمصلحة العامة بسبب وثيق ، فان استقرار التعامل يقوم إلى حد كبير على فكرة التقادم . ويكفى أن نتصور مجتمعاً لم يدخل التقادم في نظمه القانونية ، لنندرك إلى أى حد يتزعزع فيه التعامل وتحل الفوضى محل الاستقرار (٢) . فإذا كان للدائن أن يطالب مدينه بالدين مهما طالت المدة التي مضت على استحقاقه ، وكان على المدين أن يثبت براءة ذمته من الدين بعد أن يكون قد وفاه فعلاً وحصل على مخالصة به ، أليس من الإرهاق أن يكلف المدين بالمحافظة على هذه المخالصة إلى وقت لانهاية له ، حتى يستطيع إبرازها في أى وقت شاء الدائن أن يطالبه فيه بالدين ؟ ويقع كثيراً أن يكون المدين قد مات ، أياكون للدائن أن يطالب الورثة بإبراز المخالصة أو الوفاء بالدين ؟ أليس من حق المدين ومن حق ورثته من بعده أن يواجهوا الدائن ، وهو يطالب بدين مضى على استحقاقه

(١) فالحقوق العينية ، كحق الانتفاع وحق الارتفاق ، تسقط بعدم الاستعمال ، أى بالتقادم المسقط . وذلك فيما عدا حق الملكية فإنه لا يسقط بعدم الاستعمال وإن كان يكسب بالتقادم ، بمجرد ترك العين أو إهمالها ، مهما يطل الزمن ، من غير أن يتعرض لها أحد أو ينتسبها وينكر حق مالكها فيها ، لا يتركز عليه البتة - لا في الشريعة الإسلامية ولا في غيرها من الشرائع - لا سقوط حق ملكيتها ولا منع سماع الدعوى بها لو تعرض لها متعرض بعد زمن الإهمال المديد (نقض مدني ١٨ أبريل سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٤٩ ص ١٩٤ - ٢٣ أبريل سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٥٢ ص ١٠٩٨ - وانظر أيضاً بالنسبة إلى عدم سقوط الدعوى بملكية الوقف : نقض مدني ٣١ أكتوبر سنة ١٩٣٥ مجموعة ١ رقم ٢٩٥ ص ٩١٢ - ٢٣ أبريل سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٥١ و ٣٥٢ ص ١٠٩٧ و ص ١٠٩٨ - ٢١ مايو سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٦٢ ص ٤٥٣ - أول مارس سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢١٣ ص ٥٧٢ - أو إذا غصب الوقف غاصب و بقيت حيازته ثلاثاً وثلاثين سنة : أول مارس سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢١٤ ص ٥٧٤) . ولكن إذا استحال حق الملكية إلى ترميض ، كان أنف الحائز ملك الثبر الذي في حيازته ، فإن دعوى الترميض تسقط بالتقادم ، وإن كانت الملكية ذاتها لو بقى الشيء ولم يتلف لم تكن لتسقط (استئناف مخطوط ١٥ ديسمبر سنة ١٩٣٨ م ٥١ ص ٦٥) .

(٢) لوران ٣٢ ققرة ٥٠ .

مدة طويلة ليس من المألوف أن يسكت فيها، لا بمخالصة بالدين لم تيسر المحافظة عليها بعد انقضاء هذه الأعوام الطوال فضاغت أو خفي مكانها ، بل بطلب إسقاط دعواه بعد أن سكت عنها طوال هذه المدة (١) ؛ أليس واجباً لاستقرار التعامل أن يفترض في الدائن الذي سكت مدة طويلة عن المطالبة بدينه أنه قد استوفاه ، أو في القليل قد أبرأ ذمة المدين منه بعد هذا السكوت الطويل ؟ وكما يجب وضع حد للمنازعة في الحقوق وذلك بتقرير قوة الأمر المقضي ، كذلك يجب وضع حد للمطالبة بالحقوق وذلك بتقرير مبدأ التقادم . ولا بد أن تستقر الأوضاع في الحالتين ، فلا يتجدد النزاع في كل وقت ولا يبقى حق الدائن في المطالبة إلى غير نهاية (٢) .

فالتقادم المقسط لا يقوم على قرينة الوفاء ، أكثر مما يقوم على وجوب احترام الأوضاع المستقرة ، التي مضى عليها من الزمن ما يكفي للاطمئنان إليها وإحاطتها بسياسج من الثقة المشروعة (٣) . ووجوب احترام الأوضاع المستقرة هو الذي يحتم علينا أن نتسامح إلى متى يستطيع الدائن أن يطالب بالدين دون أن يواجه بتقادمه ؟ عشرين عاماً ، أو ثلاثين ، أو مائة ؟ لا بد من تحديد وقت ما ، إذا انقضى لا يستطيع الدائن أن يطالب بالدين ، وإلا ظلت الناس يطالب بعضهم بعضاً بديون مضت عليها أجيال طويلة . والمشرع يختار مدة لا يكون من شأنها إرهاب المدين بجعله معرضاً للمطالبة وقتاً أطول مما يجب ، ولا مباغتة الدائن بإسقاط حقه في وقت أقصر مما يجب . وقد اختار المشرع الفرنسي ثلاثين عاماً ، واختار المشرع المصري خمسة عشر عاماً وهي المدة التي لا يجوز بعدها سماع الدعوى في الفقه الإسلامي . فإذا انقضت المدة التي يتم بها التقادم ، وادعى المدين براءة ذمته ، وأصر الدائن على المطالبة بالدين ، فالأولى بالرعاية هو المدين لا الدائن . ذلك أن الدائن إذا لم يكن قد استوفى حقه فعلاً ، ولم يكن قد أبرأ ذمة المدين من الدين بسكوته عن المطالبة به هذه المدة الطويلة ، فلا أقل من أنه قد أهمل إهمالاً لا عذر له فيه بسكوته حقبة طويلة من الدهر ثم مباغتة المدين بعد ذلك

(١) جوران ٢ فقرة ٩٦٧ .

(٢) بودرى وتيسيه فقرة ٣٣ .

(٣) بودرى وتيسيه فقرة ٢٨ - فقرة ٢٩ و فقرة ٣٣ .

بالمطالبة . وبين مدين اطمأن إلى وضع ظاهر مستقر ، ودائن أقل ما يؤخذ به الإهمال الذى لا مبرر له ، المدين دون ريب هو الأولى بالرعاية . وقد دلت التجارب على أن طائفة من الدائنين يدعون بعد انقضاء مدة التقادم أنهم لم يستوفوا حقوقهم ، ولا يصدق في دعواه منهم إلا القلة النادرة . أفن أجل هذه القلة ، وهم بعد قد أهملوا إهمالاً لا عذر لهم فيه ، تضحي الكثرة الغالبة من المدينين الذين قد برئت ذمتهم حقاً من ديونهم وتعلم عليهم استيفاء الدليل على براءة ذمتهم بعد انقضاء هذه المدة الطويلة (١) !

من أجل كل هذه الاعتبارات شرع التقادم . وقد أخذت به جميع الشرائع ، حتى أن الشرائع التى لم تأخذ به بطريق مباشر قلست الدين بالتقادم ، أخذت به بطريق غير مباشر فتمنع سماع الدعوى بعد انقضاء مدة التقادم .

وإذا كانت الاعتبارات التى قلمنها هي الأساس الذى يركز عليه التقادم المسقط بوجه عام ، فهناك اعتبارات أخرى تتعلق بحالات خاصة من هذا التقادم . فتقادم الدين الدورى المتجدد بخمس سنوات يقوم على أساس آخر غير استقرار التعامل . ذلك أن هذا الدين يدفعه المدين عادة من ريعه لا من رأس ماله ، فإذا تراكم المستحق منه لمدة أطول من خمس سنوات ، اضطرب المدين أن يدفع الدين من رأس المال لا من الربيع ، فكان هذا مرهقاً له . فإذا أضيف إلى ذلك أن الدائن قد أهمل المطالبة بحقه مدة تزيد على خمس سنوات ، كان من الانصاف للمدين أن يسقط القانون من هذه الديون ما مضى على استحقاقه أكثر من هذه المدة . ومن ثم قضت المادة ٣٧٥ مدنى بأن هذه الديون تتقادم بخمس سنوات ولو أقر بها المدين ، فليس التقادم هنا إذن مبنياً على قرينة الوفاء ، بل ولا على استقرار التعامل ، وإنما بنى على الاعتبارات التى تقدم ذكرها .

أما حقوق التجار والصناع عن أشياء وردوها ، وحقوق العمال والخدم والأجراء من أجور ون ثمن ما قاموا به من توريدات ، فتتقادم بسنة واحدة (م ٣٧٨ مدنى) . والتقادم هنا مبنى رأساً على قرينة الوفاء ، إذ ليس من

(١) بلانويول وريير ورومان ٧قرة ١٢٢٥ .

المألوف أن يسكت هؤلاء الدائتون عن استيفاء حقوقهم أكثر من عام ، فإذا كانوا قد سككوا طول هذه المدة عن المطالبة بها فالمفروض أنهم قد استوفوها . ومن ثم أوجبت الفقرة الثانية من المادة ٣٧٨ مدنى على المدين الذى يتمسك بأن الحق قد تقادم بسنة أن يحلف اليمين على أنه أدى الدين فعلاً ، فان نكل فقد انتقضت قرينة الوفاء ، وبقي الحق قائماً للدائن أن يستوفيه (١) .

٥٩٣ - لمحة تاريخية : تأخر التقادم المسقط فى القانون الرومانى عن

التقادم المكسب فى الظهور . فقد كانت الدعاوى فى هذا القانون ، إلى عهد طويل ، أبدية لا تقادم . والدعاوى التى كانت تتوقت بمدة معينة هى الدعاوى البريطورية ، إذ كان البريطور يمنحها لمدة سنة واحدة . ثم أصدر الإمبراطور ثيودوس Theodose ، فى سنة ٤٢٤ ، قانوناً معروفاً قرر فيه أن الدعاوى ، شخصية كانت أو عينية ، تقادم فى الأصل بثلاثين سنة ، وبعضها يتقادم استثناء بأربعين . وخلط جوستينيان فى مجموعاته بين التقادم المسقط والتقادم المكسب ، وكانا قبله منفصلين أحدهما عن الآخر . وانتقل هذا الخلط إلى الثنتين المدنى الفرنسى نفسه ، وكان مصدراً لكثير من الاضطراب والتشويش فى تفهم أحكام التقادم ، سواء فى القانون الرومانى أو فى القانون الفرنسى (٢) .

وأخذ التقادم الثلاثينى الذى عرفه القانون الرومانى طريقه إلى القانون الفرنسى القديم . على أن العادات الجرمانية وبعضها كان يجعل التقادم سنة واحدة ، والقانون الكنسى وقد عمل كثيراً على تعديل أحكام القانون الرومانى فى التقادم بإقامته على قرينة الوفاء (٣) ، والأوامر الملكية وقد خلقت كثيراً

(١) كذلك التقادم الخمسى الخاص بالدعاوى الناشئة من الكيالات والسندات الإذنية ونحوها من الأوراق التجارية (م ١٩٤ تجارى) يقوم على قرينة الوفاء ، ويحلف المدين اليمين على أنه أدى الدين . وتقادم دعاوى البطلان ، لنقص الأهلية أو لميوب الرضاء ، بثلاث سنوات يقوم على قرينة أن الماقد قد أجاز العقد .

(٢) بودرى وتيسيه فقرة ١٣ - فقرة ١٤ .

(٣) وقد حاول قانون الكنيسة كثيراً أن يضعف من نظام التقادم الرومانى ، إذ رآه مخالفاً لما تقتضيه نزاهة التعامل . فهو فى نظره يقر الاختصاص ، ويميز المدين أن يصره ذمته دون أن يبنى ذمته . فأكثر من أسباب وقف التقادم ، وأقام التقادم المسقط على قرينة الوفاء لا على أساسه

من مدد التقادم القصيرة واحتفظ ببعضها التقنين المدني الفرنسي ، وما منح لبعض الميثاق كالكنيسة وأملاك التاج من ميزة في ألا يجرى في حقها التقادم أو في أن يجرى تقادم أطول ، كل هذا زاحم نفوذ القانون الروماني وعُدل من أحكامه في التقادم .

فالمصادر التاريخية للتقادم في التقنين المدني الفرنسي هي إذن القانون الروماني وقانون الكنيسة والعادات الجرمانية والأوامر الملكية (٢) .

٥٩٤ - التمييز بين التقادم المسقط والسقوط (déchéance) :

ومواعيد التقادم المسقط تشبه بمواعيد أخرى يقال لها المواعيد المسقط (délais de déchéance) . والمواعيد المسقط هذه لها مهمة غير المهمة التي لمواعيد التقادم . فهي قد وضعها القانون ، لا كما في مواعيد التقادم المسقط لحماية الأوضاع المستقرة أو للجزاء على إهمال الدائن أو لتقوم قرينة على الوفاء ، بل لتعيين الميعاد الذي يجب أن يتم فيه حتماً عمل معين ، وبخاصة لتحديد الوقت الذي يجب فيه استعمال رخصة قررها القانون . فهي مواعيد حتمية ، لا بد أن يتم العمل المعين في خلالها ، وإلا كان باطلاً . ولذلك فهي تختلف عن مواعيد التقادم ، لا في المهمة التي تقوم بها فحسب ، بل أيضاً في كيفية إعمالها . فيجوز للقاضي إثارتها من تلقاء نفسه دون حاجة إلى أن يتمسك الخصم بها ، ولا تنقطع ، ولا يقف سريانها ، ولا يتخلف عنها التزام طبيعي . وهذا بخلاف التقادم ، فسرى أن الخصم يجب أن يتمسك به ، ويجوز أن ينقطع سريانه ، كما يجوز أن يقف هذا السريان ، ويتخلف عن التقادم التزام طبيعي . وسنرى أيضاً أن الحق المتقادم إذا لم يصلح أن يكون طلباً فإنه يصلح أن يكون دعواً إذ الدفوع لا تقادم ، أما الحق الذي سقط لعدم استعماله في الميعاد فلا يصلح لاطلباً ولا دعواً (٤) .

= استقرار التعامل ، وأدخل في التقادم المكسب عنصر حسن النية ، ويلد جهداً كبيراً في حرفة هذا النظام (بودرى وتيسيه فقرة ١٩) .

(٣) بودرى وتيسيه فقرة ٢٢ .

(٤) أبريل ودورى ١٢ فقرة ٧٧١ ص ٥٣٢ - ص ٥٣٨ - بيدان ولا جارد ٩ فقرة ١٠٩٠ - كولان وكايتان ٢ فقرة ١٢١ - جوسران ٢ فقرة ١٠٠٤ - فقرة ١٠٠٦ - وقارن بودرى =

ويحدث أن يقرر القانون مياعداً تقوم الشبهة في شأنه ، هل هو ميعاد تقادم أو هو ميعاد مسقط ، ويكون من المهم التعرف إلى طبيعة هذا الميعاد لما بين مواعيد التقادم والمواعيد المسقطة من الفروق التي تقدم ذكرها . ويقلب أن تكون المواعيد المسقطة قصيرة ، على خلاف مواعيد التقادم . ويقلب أيضاً أن يتولى النص التشريعي نفسه بيان ما إذا كان الميعاد ميعاد تقادم ، أو هو ميعاد مسقط . غير أن هاتين العلامتين الماديتين لا يمكن الاعتماد عليهما دائماً . فالعلامة الأولى قد لا تصدق ، إذ أن من مواعيد التقادم ما هو قصير ، ومن المواعيد المسقطة ما يصل في الطول إلى الحد الذي يبلغه بعض مواعيد التقادم . والعلامة الأخرى قد تتخلف ، ويسكت النص عن بيان طبيعة الميعاد (١) . وخير معيار للتعرف على ما إذا كان الميعاد ميعاد تقادم أو ميعاداً مسقطاً ، هو تبين الغرض الذي قصد إليه القانون من تقرير هذا الميعاد . فإن كان لحماية الأوضاع المستقرة أو لغير ذلك من أغراض التقادم (٢) ، فهو ميعاد تقادم . وإن كان لتحديد

= وتيسيه فقرة ٣٩ ص ٣٩ - ص ٤٠ - ويلعب بودرى وتيسيه إلى أن المواعيد المسقطة ليست إلا مواعيد تقادم تخضع لأحكام خاصة ، فلا تنقطع ولا يقف سريانها (بودرى وتيسيه فقرة ٤٠ - وانظر أيضاً في هذا المعنى الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ٣١٧ - فقرة ٣١٨ .

وانظر في الآراء المختلفة في التمييز بين مواعيد التقادم والمواعيد المسقطة الأستاذ عبد المنعم الهادي في أثر معنى المدة في الالتزام فقرة ٤٠ - فقرة ٤٩ .

(١) وما يزيد في دقة التمييز أن هناك مواعيد تقضي النصوص بمجاوز انقطاع سريانها دون جواز وقف السريان ، وذلك كالقادم الذي لا تزيد مدته على خمس سنوات (م ٢/٣٨٢ مدن) . والأصل في هذه المواعيد أن تكون مدد تقادم ما لم يكن الغرض الأصل من تقريرها أن تكون مواعيد مسقطة (بلاتيرول وريبير ودوان ٧ فقرة ١٤٠٣ ص ٨٢٠ - ص ٨٢١ - وانظر أيضاً بودرى وتيسيه فقرة ٣٩ ص ٣٧ - ص ٣٩) .

(٢) فن أغراض التقادم أيضاً أن تكون قرينة على الوفاء ، فالدين الذي مفتت عليه مدة التقادم يقلب في الواقع أن يكون قد وُفِيَ ، والمشرع يجعل هذا الغالب الواقى حقيقة قانونية . فالتقادم طريق للإثبات ، أو بالأحرى إعفاء من الإثبات ، أكثر منه سبباً لانقضاء الالتزام . أما في المواعيد المسقطة فالمشرع لا يضع قرينة ولا يفترض أمراً ، بل هو يمنح كل صاحب الحق أن يستعمله في وقت معين وإلا سقط . فسقوط الحق لا يقوم على قرينة الوفاء ، بل هو حقوية على عدم استعمال الحق في الوقت المحدد (انظر في هذا المعنى جوسران ٢ فقرة ١٠٠٤) .

الوقت الذى يجب فى خلاله استعمال حق أو رخصة ، فهو ميعاد مسقط (١) .
ونأتى بأمثلة على ما قدمناه من نصوص التقنين المدنى المصرى . فالمواد
من ٣٧٤ إلى ٣٧٨ مدنى صريحة فى أن المواعيد الميئنة فيها هى مواعيد تقادم :
خمس عشرة سنة للتقادم العادى (م ٣٧٤) ، وخمس سنوات لتقادم الحقوق
الدورية المتجددة وحقوق أصحاب المهن الحرة (م ٣٧٥ - ٣٧٦) ، وثلاث سنوات
لتقادم الضرائب والرسوم (م ٣٧٧) ، وستة لتقادم حقوق التجار والصناع
والعمال والخدم ومن إليهم (م ٣٧٨) . كذلك للمادة ١٤٠ فى تقادم دعاوى

(١) ومن ثم يكون الميعاد المسقط عنصراً من عناصر الحق يسغل تكوينه ولا يتم الحق
بدونه ، ولا بد فى الحق حتى يكون تاماً من رفع الدعوى فى المدة المضروبة . وقد قضت محكمة
الإسكندرية التجارية فى هذا المعنى بأن الفرق بين مدة التقادم المسقط ومدة السقوط أن الحق
الأصل فى الأول مقرر من قبل وقام الوجود ، وأما الحق فى الثانية فهو لم يكن تام الوجود
والتكوين بل لابد فيه حتى يكون تاماً من رفع الدعوى فى المدة المضروبة . ولذلك فالدة فى
أحوال السقوط لازمة لتكوين الحق ، بخلاف مدة التقادم فهى ليست لازمة لتكوينه لأنه سبق
أن تكون من قبل . فإذا طالب المالك فى حالة مدة التقادم بمحقة ، فاما يطلب حقاً مقررأ كاملاً .
أما فى الأحوال المقررة لما مدة السقوط ، فالمضى ملزم برفع الدعوى فى غضون المدة حتى يظهر
حقه كاملاً ، وبدون رفع الدعوى لا يكون الحق موجوداً بتمامه . ولذلك كان الحق للكامل
الموجود بتمامه فى مدة التقادم يبنى للشارع بمجاوبته ، من حيث القطع والإيقاف فى المدة .
وأما شبه الحق فى مدة السقوط فهو ليس جديراً بمجاوبته للشارع له بقطع أو إيقاف ، بمعنى أن مدة
السقوط لا تقبل تطويلاً وإيقافاً سرىاتها أو قطعها فى مصلحة المدعى ، لأن الحق لم يولد كاملاً
بعد حتى يقرر له حق الحماية (أول أغسطس سنة ١٩٤٦ المجموعة الرسمية ٤٧ رقم ٢٣٥) .
وقضت محكمة استئناف أسبوط بأن مواعيد السقوط تختلف من مواعيد التقادم فى أن الأول تقوم
على فكرة وجود أجل قانونى يتناول أصل الحق ويسقطه ، بخلاف الثانية فإنها تقوم على إيقاف
جزاء على إعمال صاحب الشأن فيها . ويترتب على ذلك ألا تطبق فى الأول قواعد وقف المدة
أو انقطاعها ، فهى تم فى الميعاد المحدد ولو كان يوم عيد ، حتى لو اعترض الموعد حالة من
حالات القوة القاهرة ، بخلاف مواعيد التقادم . وكذلك لا يجوز تعديل مواعيد السقوط بإرادة
ذوى الشأن لا بالابتعاد ولا بالإنقاص ، بخلاف مواعيد التقادم فإن هذا جائز فى شأنها إذ
يجوز أثناء النزاع التنازل من المدة السابقة ويجوز التماسح فى معنا لمدة جديدة . وكذلك لا يجوز
التنازل من مواعيد السقوط بعد سرىاتها ، وعلى القاضى أن يراعى ذلك من تلقاء نفسه ، ويحتم
عليه للقانون وجوب احترامها بغير أن ينفذ أحد طرق الخصومة . وفى تم سرىان ميعاد السقوط
انتفى الحق بصفة مطلقة ، بخلاف الحال فى التقادم (٢٣ ديسمبر سنة ١٩٤٦ المجموعة الرسمية
٤٨ رقم ١٨١) .

الإبطال بثلاث سنوات، والمادة ١٧٢ فى تقادم دعوى التعويض الناشئة عن عمل غير مشروع ، و المواد ١٨٠ و ١٨٧ و ١٩٧ فى تقادم دعاوى الإثراء بلا سبب واسترداد غير المستحق والفضالة ، صريحة هى أيضاً فى أن المواعيد مواعيد تقادم (١) .

ولكن الفقرة الثانية من المادة ١٢٩ مدنى، فى خصوص دعوى الاستغلال، تنص على أنه « يجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد ، وإلا كانت غير مقبولة » . فهنا الميعاد ميعاد مسقط ، لا ميعاد تقادم (٢) . وتقضى الفقرة الثانية من المادة ١٦٢ مدنى ، فى خصوص الوعد بجائزة ، بأن « تسقط دعوى المطالبة بالجائزة إذا لم ترفع خلال ستة أشهر من تاريخ إعلانه العدول للجمهور » . فالميعاد هنا ميعاد مسقط . ومن المواعيد المسقطة ما نصت عليه

(١) وتصرح المادة ٢٦٦ مدنى بأن دعوى تكملة الثمن للعين الفاضة تقادم بثلاث سنوات ، وكان التفتين السابق (م ٢٣٧/٤٢٠) يجعل المدة مدة سقوط لا تقادم ويجعلها بستين . وكذلك تصرح المادة ٤٥٢ مدنى بأن دعوى الضمان للعيب الخفى فى المبيع تتقادم بسنة من وقت تسليم المبيع ، وكان التفتين السابق (٢٢٤/٤٠٢) يجعلها تسقط — لا تقادم — بثمانية أيام من وقت كشف العيب . وكذلك تصرح المادة ٣٤ مدنى بأن دعوى العجز والزيادة فى مقدار المبيع تتقادم بسنة من وقت تسليم المبيع ، وكان الفقه والقضاء فى عهد التفتين السابق يفسران النص المقابل (م ٢٩٦/٢٧٠) بأن مدة السنة من وقت العقد هى مدة سقوط لا تقادم، وهذا بالرغم من أن الأصل للقرنى لهذا النص ذكر لفظ التقادم (so prescript) ؛ انظر الموجز للمؤلف ققرة ٦٠٥ ص ٦٢٨ - ص ٦٢٩ .

(٢) الرسيط جزء أول فقرة ٢٠٩ وقارن لقرة ٣٢٢ ص ٥٤٤ حيث وردت عبارة « مدة التقادم فى الاستغلال وصحتها المدة المسقطة - الأستاذ عبد الحى حجازى ص ٣٢٣ - ومع ذلك فقد قسمت محكمة النقض — فى ميعاد مشابه — بأنه قىما يتعلق بالمدة المينة لرفع دعوى منع التعرض ، فإن مدة السنة المشترط فى المادة ٢٦ مرافعات (قديم ويقابلها م ٩٦١ مدنى جديد) عدم مضى على الفعل الصادر من المدعى عليه ، هى مدة تقادم خاص تسمى عليه قواعد الانقطاع التى تسمى على التقادم المسقط المادى . فإذا رفع وافع اليد دعواه أمام القضاء المستعجل طالباً بإزالة اليد موضوع النزاع وتمكينه من رى أطمائه ، فإن هذا الطلب ، إذ يمتد بيمينه وسنائه طلباً بمنع التعرض ، يقطع مدة دعوى وضع اليد ولو حكمت المحكمة المستعجلة بعدم اختصاصها ، لأن رفع الدعوى أمام محكمة غير مختصة يقطع المدة (نقض مدنى ١٣ ديسمبر سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٥ رقم ٨ ص ١٣) .

المادة ٢٤٨ (١) ، والمادة ٣٢٢ (٢) ، والمادة ٤٥٥ (٣) ، والمادة ٧٣٩ (٤) ،
والمادة ٨٤٥ (٥) ، والمادة ٩٤٨ (٦) ، والمادة ٩٦١ (٧) ، والمادة ٩٧٧ (٨) .

(١) وتنص على ما يأتي : « يجوز لحايل الشيء ، إذا خرج الشيء من يده خفية أو بالرفق من ممارسته ، أن يطلب استرداده إذا هو قام بهذا الطلب خلال ثلاثين يوماً من الوقت الذي علم فيه بخروج الشيء من يده وقبل انقضاء سنة من خروجه » .

(٢) وتنص في بيع العقار المرهون على ما يأتي : « إذا اتفق البائع والمشتري على حوالة الدين المضمون بالرهن ، وسجل عقد البيع ، تمين كل الدائن ، متى أعلن رسمياً بالحوالة ، أن يقرها ، ويرفضها في مباد لا يجاوز ستة أشهر ، فإذا انقضى هذا الميعاد دون أن يبت برأي اعتبر سكوته إقراراً » .

(٣) وتنص على ما يأتي : « إذا ضمن البائع صلاحية البيع للعمل مدة معلومة ، ثم ظهر عطل في البيع ، فمل المشتري أن يضطر البائع بهذا العطل في مدة شهر من ظهوره ، وأن يرفع الدعوى في مدة ستة شهور من هذا الإخطار ، وإلا سقط حقه في الضمان ، كل هذا ما لم يتفق على غيره » .

(٤) وتنص على ما يأتي : « ولئن غسر في مقامرة أو رهان أن يسترد ما دفعه خلال ثلاث سنوات من الوقت الذي أدى فيه ما غسره ، ولو كان هناك اتفاق يقضي بغير ذلك » .

(٥) وتنص على ما يأتي في خصوص دعوى نقض القسمة للدين : « ويجب أن ترفع الدعوى في خلال السنة التالية للقسمة » .

(٦) وتنص على ما يأتي : « يسقط الحق في الأخذ بالشفعة إذا انقضت أربعة أشهر من يوم تسجيل عقد البيع » . انظر في أن هذا الميعاد مهمل سقوط : نقض مدني ٣ أبريل سنة ١٩٤٧ مجموعة حمري ٥ رقم ١٨٢ ص ٣٩٥ — وكذلك يعتبر مهمل انقضاء عشرة يوماً لإعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة (م ٩٤٠) ، وميعاد الثلاثين يوماً لإبداء الفتن غزاة المحكمة ولفرض دعوى الشفعة (م ٩٤٢ - ٩٥٣) ، من الموايد المسقط (نقض مدني ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٤٦ مجموعة حمري ٥ رقم ٢٨٢) .

(٧) وتنص على ما يأتي : « من حاز عقاراً واستمر حائزاً له ستة كاملة ، ثم وقع له تعرض في حيازته ، جاز أن يرفع خلال السنة التالية دعوى بمنع التعرض » .

(٨) وتنص على ما يأتي : « يجوز للمالك المنقول أو المستحاطه ، إذا فقده أو سرق منه ، أن يسترده من يكون حائزاً له بحسن نية ، وذلك خلال ثلاث سنوات من وقت الضياع أو السرقة » — انظر الأستاذ عبد الحى حجازي ٣ ص ٣٢٣ - ص ٣٢٤ .

وتحدد المادة المباشرة من القانون رقم ٦٤ لسنة ١٩٣٦ التماس بإسقاط العمل ستة أشهر لرفع الدعوى ، والمدة مدة مسقط لا تنقطع (نقض مدني ٨ يناير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٤٨ ص ٣٣٩) .

وفي لفتين التجاري ، كما في التفتين المدني ، مواعيد تقادم ومواعيد مسقط . فن أمثلة مواعيد التقادم ما نصت عليه المادة ٦٥ في خصوص الدعوى الناشئة عن أعمال الشركات ، وما نصت -

ويلاحظ أن من المواعيد المسقطه ما يعتبر من النظام العام فلا يجوز الاتفاق على إطلاته أو تقصيره ، ومنها لا يعتبر من النظام العام فيجوز فيه الاتفاق على ذلك (١) .

= عليه المادة ١٠٤ في خصوص الدعوى التي ترفع على الوكيل بالمسولة وحل أمين النقل بسبب التأخر في نقل البضاعة أو بسبب ضياعها أو تلفها (انظر نقض مدني ٥ نولبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١٩ ص ١٥٦) ، وما نصت عليه المادة ١٩٤ في خصوص دعوى الكيبيالات والسندات الإذنية والسندات لحاملها . ومن أمثلة المواعيد المسقطه ما نصت عليه المادة ١٢٤ في خصوص مهاد قبول الكيبيالة ، وما نصت عليه المادة ١٦٠ في خصوص طلب دفع قيمة الكيبيالة أو قبولها ، وما نصت عليه المادة ١٦٢ في خصوص مهاد حمل البروكستر ، وما نصت عليه المادة ٢٨٩ في خصوص مهاد تقدم للدائنين في التفليسة .

(١) بوددي وتسيه لقرة ٢٩ ص ٣٧ - بلانول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٤٠٣ ص ٨٢٠ - وقد رأيتنا في بعض النصوص المتقدمة ما يصرح بذلك . فالمادة ٤٥٥ مدني ، وهي عداد مهاد الشهر لإعطاء البائع بالتخلل الذي في المبيع ومهاد ستة أشهر لرفع الدعوى ، تقول بعد ذلك : كل هذا ما لم يتفق حل غيره . فليست هذه المواعيد إذن من النظام العام ، بل يجوز الاتفاق على إطلتها أو على تقصيرها . والمادة ٧٣٩ مدني مهاد ثلاث السنوات لاسترداد الخاسر في مقامرة أو رهان ما خسره ، تقول بعد هذا : ولو كان هناك اتفاق يقضي بغير ذلك . فالمهاد هنا يعتبر من النظام العام ، ولا يجوز الاتفاق على إطلته أو تقصيره . وسائر المواعيد المسقطه تكون من النظام العام أو لا تكون ، تبعاً لما إذا كانت تحقق مصلحة لها للجمهور أو كانت مقصورة على حماية مصالح الأفراد . فمهاد دعوى الاستغلال مثلا يمكن اعتباره من النظام العام ، أما مهاد دعوى نقض القصة للفن فيبدو أنه لا يعتبر من النظام العام .

هذا وإلى جانب المواعيد المسقطه توجد مواعيد المرافعات (délais de procédure) ، كواعيد الحضور ومواعيد الطعن في الأحكام ، فهذه أيضاً لها أحكامها الخاصة المروفة في قانون المرافعات ، وهي أيضاً لا تنقطع ولا يقف سريانها - وتوجد أيضاً المواعيد التنظيمية (délais de police juridique) . نذكر منها ما نصت عليه المادة ٢٦٢ مدني من أنه « تنهى حالة الإصدار بقوة القانون متى انقضت خمس سنوات على تاريخ التأخير بالحكم الصادر بشهر الإصدار » ، وما نصت عليه المادة ٤٤٤ مدني من أنه « إذا اتفق حل التواءك ، كان للدين إذا انقضت ستة أشهر على الترضي أن يعلن رغبته في إلغاء العقد ورد ما انتزعه ، على أن يتم الرد في أجل لا يجاوز ستة أشهر من تاريخ هذا الإعلان » ، وما نصت عليه المادة ٦٥١ مدني من أنه « يضمن المهنيس المبادي والمقاول متضامين ما يحدث خلال عشر سنوات من تهمد كلى أو جزئي فيما شيده » (قارن الأستاذ عبد المنعم الهدراوى في أثر معنى اللدة في الالتزام ص ٦٧ - أما المادة ٦٥٤ مدني فتحدد مهاد تقادم مسقط للدعوى ثلاث سنوات من وقت حصول التهمد أو انكشاف العيب) ، وما نصت عليه المادة ٨٧٤ مدني في خصوص تلك الأراضى المباحة بالاستيلاء من أن واضع اليد « يفقد ملكيته بعدم الاستعمال مدة خمس سنوات متتالية خلال الخمس العشرة السنة التالية لتلك » . وهذه أيضاً مواعيد لا تنقطع ولا يقف سريانها . انظر بوددي وتسيه لقرة ٣٧ - بلانول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٤٠٣ ص ٨٢٢ .

٥٩٥ - **مُطْلَعُ الْمَجْتَمَعِ** : وسنجرى في بحث التقادم كما جرينا في بحث المقاصة ، فنبحث الموضوعين الآتين : (أولاً) المدد الواجب انقضاؤها حتى يتحقق التقادم ، فنبحث مدد التقادم المختلفة ، وكيفية حساب المدة ، ووقف التقادم ، وانقطاعه . (ثانياً) كيف يجب إعمال التقادم ، وما هي الآثار التي تترتب عليه (١) .

الفرع الأول

المدد الواجب انقضاؤها حتى يتحقق التقادم

المبحث الأول

مدد التقادم المختلفة

٥٩٦ - **القاعدة العامة والاستثناءات - النصوص القانونية** :
تنص المادة ٣٧٤ من القانون المدني على ما يأتي :

(١) ولم يستحدث التقنين المدني الجديد تعديلات كثيرة في أحكام التقادم . وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى لهذا التقنين في هذا الصدد ما يأتي : « وقد جعل المشروع مدة التقادم المعتادة خمس عشرة سنة ، كما هو الشأن في التقنين الراهن (السابق) . ولم يرتدئ المدد المقررة في هذا التقنين، فيما عدا نصوصاً معينة أخصها ما تعلق بالتقادم الثلاثي في المسؤولية التقصيرية والإثراء بلا سبب وجوب الرضا ونقص الأهلية . وعلى ذلك اقتصر الأمر على تعديل مدة التقادم المحول ، فبجعلت سنة بدلاً من ثلاثة وستين يوماً ، حتى يرتفع من التقنين الحالي (السابق) ذلك التناقض الملحوظ بين النصوص المتعلقة بالتقادم والنصوص الخاصة بحقوق الامتنياز . وقد ضبط المشروع حدود بعض الأحكام ، كما استحدث أحكاماً أخرى فيما يتعلق باستساب مدد التقادم وأسباب وقفه وانقطاعه وآثاره ، ثم إنه عين مدة سريان المدة ، ولا سيما فيما يتعلق بالديون التي يتوقف استحقاقها على إرادة الدائن . ويرامى أن للنصوص الخاصة بوقف التقادم لا تحول دون سريان المدة بالنسبة لانتص الأهلية ، إلا إذا لم يكن له نائب يمثل قانوناً . كما أنها تقضى بعدم سريان المدة ، كقاعدة عامة ، كلما وجد مانع يستحيل معه على الدائن أن يطالب بحقه في الوقت المناسب ، ولو كان هذا المانع أحياناً . ويرامى من ناحية أخرى أن =

« يتقادم الالتزام بانقضاء خمس عشرة سنة ، فيما عدا الحالات التي ورد فيها نص خاص في القانون وفيما عدا الاستثناءات الآتية (١) » .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ٢٧٢/٢٠٨ (٢) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٣٧٢ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٣٦١ - وفي التقنين المدني العراقي المادة ٤٢٩ - وفي تقنين الموجبات والقيود اللبني المادتين ٣٤٤ و ٣٤٩ (٣) .

« نصوصاً أخرى قد تناولت أسباب انقضاء التقادم ، واشترطت لذلك ... رفع الدعوى أو أي إجراء مائل . أما آثار التقادم فقد فصلت تفصيلاً واضحاً ، فنص على وجوب تمسك المدعى به كما نص على استناد أثر انقضاء الالتزام بالتقادم وتختلف التزام طبعي في ذمة المدعى من بعد . وأخيراً قضى المشروع بعدم جواز الاتفاق على تعديل مدة التقادم بأي حال ، فلم يجوز التنازل عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه ، وإنما أجاز التنازل بعد ثبوت هذا الحق في غير إخلال بحقوق الدائنين » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٠٠ - ٣٠١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥١٣ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد مع تحديد لفظي لا يثير المعنى . وفي لجنة المراجعة جعل النص مطابقاً لكل المطابقة ، وأصبح رقمه ٣٨٧ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٣٧٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٠٢ - ٣٠٣) .

(٢) التقنين المدني السابق م ٢٧٢/٢٠٨ : جميع التعهدات والديون تقول بمعنى مدة خمس عشرة سنة ، ما عدا الاستثناءات الآتية بعد والأحوال المخصوصة المصرح بها في القانون . (ويطلق الحكم في التقنينين السابق والجديد) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٣٧٢ (مطابقة المادة ٣٧٤ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني الليبي م ٣٦١ (مطابقة المادة ٣٧٤ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٤٢٩ : الدعوى بالتزام ، أيًا كان مبيهاً ، لا تسمع على المنكر بعد تركها من غير علم شرعي خمس عشرة سنة ، مع مراعاة ما وردت فيه أحكام خاصة . (والتقنين العراقي أخذ عن الشريعة الإسلامية مبدأ عدم سماح الدعوى لا سقوط الحق : انظر مقالاً للأستاذ غنياء شيت في التقادم المسقط في القانون المدني العراقي منشوراً في مجلة القضاء ببغداد السنة الخامسة عشر ص ٤٥ - ص ٥٨) .

تقنين الموجبات والقيود اللبني م ٣٤٤ : تسقط الموجبات بتقادم الدائن الذي يتخلّف عن التبرع بحقوقه لحماية مدة من الزمان .

م ٣٤٩ : إن مرور الزمن يتم في الأساس بعد انقضاء عشر سنوات .

ويخلص من هذا النص أن القاعدة العامة في مدة التقادم أن تكون خمس عشرة سنة ميلادية (١) ، وهذه المدة تسرى بالنسبة إلى كل التزام لم ينص القانون في خصوصه على مدة أخرى . والمدة في التقنين المدني الفرنسي هي ثلاثون سنة كما رأينا (٢) ، ولكن التقنين المدني المصري الجديد استبقى مدة التقادم كما كانت في التقنين المدني السابق ، وهي مدة أخذت عن الشريعة الإسلامية في نظامها المعروف من منع سماع الدعوى ، وقد روعي في تعديلها أنها مدة مناسبة ، لا هي بالطويلة بحيث ترهق المدين ، ولا هي بالقصيرة بحيث تباغت الدائن ، ثم هي المدة التي ألفتها الناس منذ حقبة طويلة (٣) .

ويرد على هذه القاعدة العامة استثناءات كثيرة ، بعضها متناثر في نصوص متفرقة وقد سبقت دراسة أكثرها ، وبعضها في نصوص أعقبت مباشرة النص الذي أورد القاعدة العامة وستكون دراستها في هذا المكان .

٥٩٧ - القاعدة العامة - مدة التقادم خمس عشرة سنة : قدمنا

أن القاعدة العامة في مدة التقادم أن تكون خمس عشرة سنة ، فما لم يرد نص

= (وتنطبق هذه الأحكام مع أحكام التقنين المصري، فيما عدا أن مدة التقادم المعتادة في التقنين اللبناني عشر سنوات وهي خمس عشرة سنة في التقنين المصري) .
(١) ذلك أن القاعدة العامة تقتضي بأن « تحسب المواعيد بالتقويم الميلادي ، ما لم ينص القانون على غير ذلك » (م ٣ مدق) .

(٢) ويلتفت الفقه الفرنسي طول مدة التقادم في التقنين المدني الفرنسي ، وقد قدمت مقترحات لتقصيرها إلى عشرين سنة أو أقل ، ولكن التقنين الفرنسي لم يمدل حتى الآن في هذه المسألة . والقوانين الأجنبية تحدد مدة أقصر للتقادم ، فحق التوزيع والسويد والدنمارك حددت مدة التقادم بعشرين سنة بموجب قوانين خاصة ، والتقنين الأسباني (م ١٩٦٣) يحدد مدة التقادم بخمس عشرة سنة ، والتقنين الالتزامات السويسري (م ١٤٩٦) والتقنين المدني الإيطالي الجديد (م ٢٩٤٦) وتقنين الموجبات والمقود اللبناني (م ٣٤٩) تحدد مدة التقادم بعشر سنوات . انظر في انتقاد طول مدة التقادم في فرنسا بودرى وتيسيه بقرة ٥٨٧ مكررة - ويلتفت بلانيول وريبير وردوان (جزء ٧ بقرة ١٣٢٧) تنوع مدد التقادم تنوعاً يوقع في الخلط والارتباك، ولكنهم (جزء ٧ بقرة ١٣٢٩) مع ذلك يرون استبقاء الثلاثين سنة مدة للتقادم كتقاعدة عامة ، حتى يتسع الوقت للدائن المطالبة بحقه ، فلا يكون التقادم وسيلة لانقضاء الحقوق .

(٣) المذكرات الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٠٢ .

خاص بقرار مدة أقل أو أكثر بالنسبة إلى التزام معين ، فإن مدة تقادم هذا الالتزام تكون خمس عشرة سنة .

على أن هناك حقوقاً غير قابلة للتقادم ، وهى الحقوق التى لا يميز النظام العام التعامل فيها ، كالحقوق المتعلقة بالحالة المدنية (إلا ما تضرع عنها من حقوق مالية) ، (١) والحقوق المتعلقة بالاسم (٢) .

ويجب التمييز بين الحق وبجرد الرخصة (pure faculté) فإذا كان الحق يتقادم فإن الرخصة لا تقبل التقادم . ومن ثم لا يتقادم حق الفرد فى اتخاذ المهنة التى يريد ما دام قد استوفى شرائطها ، ولا حقه فى أن يبنى أو يفرس فى أرضه ، ولا حقه فى أن يجر جاره على وضع حدود لأملاكهما المتلاصقة ، ولا حقه فى المرور بأرض مجاورة إذا كانت أرضه محبوسة عن الطريق العام ، ولا حقه فى الشرب والجرى والمسيل ، ولا حقه فى طلب قسمة المال الشائع . فكل هذه رخص تتعلق بالجرية الشخصية أو بحق الملكية ، وهذا وتلك لا يقبلان التقادم (٣) .

ودعوى الصورية لا تسقط بالتقادم ، سواء رفعت من أحد المتعاقدين أو من الغير ، لأن المطلب فيها هو تقرير أن العقد الظاهر لا وجود له ، وهى حقيقة قائمة مستمرة ليس من شأن التقادم أن يؤثر فيها (٤) .

وكان ينبغى أن دعوى البطلان المطلق تكون غير قابلة للتقادم ، لأن العقد الباطل معلوم والعدم لا يتقلب وجوداً مهما طال عليه الزمن (٥) . ولكن التقنين

(١) فالحق فى النسب لا يسقط بالتقادم ، ولكن يسقط بالتقادم ما ترتب على النسب من حقوق مالية كثيفة متجذرة ونصيب الوراثة فى التركة .

(٢) يودرى وتيسيه فقرة ١٥٧ - فقرة ١٥٩ .

(٣) يودرى وتيسيه فقرة ١٦٣ - فقرة ١٧٢ . ودعوى طلب إثبات صحة التوقيع لا يتقادم لأنها رخصة ولهمت التزاماً (سوهاج ٥ مايو سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢٠ رقم ٦١٤ ص ١٣٩٧) - وحكم مرسى المزارع لا يتقادم كسبب نقل الملكية ، ولا يمتنع أثر التقادم إلا إلى الصيغة التنفيذية (استئناف مصر ٢٥ فبراير سنة ١٩٤٧ المجموعة الرسمية ٤٨ رقم ٢٤٩) .

(٤) الوسيط جزء ٢ فقرة ٦٢٧ .

(٥) أنظر فى هذا المبنى نقض ملف ٥ ديسمبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ١١٨ ص ٢٧١ - ٧ أبريل سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٣٩ ص ٩٤٤ .
(٦٤ م - الوسيط)

المدين الجديد ، تمسحاً مع القضاء الفرنسي ومع بعض الفقهاء الفرنسيين ، نص في الفقرة الثانية من المادة ١٤١ على ما يأتي : « وتسقط دعوى البطلان بمضى خمس عشرة سنة من وقت العقد (١) » . أما الدفع بالبطلان المطلق ، فلا يسقط بالتقادم (٥) . ويناقش الفقه في فرنسا ما إذا كان الدفع بوجه عام يسقط بالتقادم كالدعوى ، أو لا يسقط ، وسنعود إلى هذه المسألة فيما يلي (٢) .

وإذا أخذ الدائن رهناً حيازياً ضماناً لحقه ، فما دام هذا الرهن في يده فإن حقه لا يتقادم ، ذلك أن وجود الرهن في حيازته يعتبر قطعاً مستمراً للتقادم (٣) . أما حق الراهن في استرداد الرهن ، وكذلك حق المودع في استرداد الوديعة ، فإنهما يسقطان بالتقادم . ولكن يستطيع الراهن أو المودع الاسترداد ، لا بموجب الدعوى الشخصية التي تقادم ، ولكن بموجب دعوى الاستحقاق العينية القائمة على حق الملكية فهذه لا تقادم ، بل لا يعارضها تقادم مكسب من جانب المرتهن أو المودع عنده فأنهما لم يحوزا الشيء إلا حيازة عارضة (٤) .

وإذا كانت هناك حقوق تقادم بحد خاصة بموجب نصوص تشريعية ، وجب تفسير هذه النصوص تفسيراً ضيقاً بحيث لا تسرى إلا على الحالات بالذات التي تضمنتها . وما خرج عن هذه الحالات فإنه يرجع إلى أصل القاعدة ، وتكون مدة تقادمه خمس عشرة سنة (٥) .

(١) انظر في هذه المسألة الوسيط جزء أول فقرة ٣١٩ - بودرى وتيسيه فقرة ٥٨٩ - فقرة ٥٩١ .

(٢) الوسيط جزء أول فقرة ٣٢٠ .

(٣) انظر فقرة ٦٦٩ فيما يلي - وانظر بودرى وتيسيه فقرة ٦٠٩ - فقرة ٦١٢ .

(٤) بلاتيل وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٢٨ .

(٥) بلاتيل وريبير وردوان ٧ فقره ١٣٢٨ .

(٥) فإذا وفي شخص بالوكالة عن المدين ديناً يتقادم بمدة قصيرة ، كالفوائد تسقط بخمس سنوات ، وكالفرايب تسقط بثلاث سنوات ، ورجع بدعوى الوكالة حل المدين ، فإن هذه الدعوى لا تقادم إلا بخمس عشرة سنة (استئناف مصر ٣١ ديسمبر سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٣٣ رقم ٦٤ ص ١١٧ - بودرى وتيسيه فقرة ٦٠٠) . ودعوى الموكل على الوكيل بتقديم حساب دعوى شخصية تسقط بخمس عشرة سنة (استئناف وطني ١٥ يناير سنة ١٩٠٣ الحقوق ١٨ ص ٤٦ - استئناف مخطوط ١٥ ديسمبر سنة ١٩٢٨ م ٥١ ص ٦٥) ، ولو كان ذلك من نصيب الموكل في ميراث (استئناف مخطوط ٩ أبريل سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢١٩) . -

٥٩٨ - الحالات التي ورد فيها نص خاص - اعادة : والحالات

التي ورد فيها نص خاص متاثرة في نواحي التقنين المدني ، بل وفي تقنينات أخرى . ونقتصر هنا على الإشارة إلى أهم هذه الحالات ، وبعضها سبق أن عالجناه في الجزئين الأولين من الوسيط ، وبعضها يعالج في موضعه .

فقد نصت المادة ١٤٠ مدني على أن ١ - يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال ثلاث سنوات . ٢ - ويبدأ سريان هذه المدة في

= وكذلك التزام القبول بتقديم حساب يتقدم ، في التقنين المدني السابق ، بخمس عشرة سنة (استئناف مخطوط ١٦ أبريل سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٥٧) ، أما في التقنين المدني الجديد فيتقدم بثلاث سنوات أو بخمس عشرة سنة (انظر م ١٩٧ مدني) . ودعوى الحساب ورصيد الحساب الجاري لا يسقطان إلا بخمس عشرة سنة (استئناف مخطوط ٥ ديسمبر سنة ١٨٨٩ م ٢ ص ٥٩) . وإذا كانت صيغة العقد تدل على أنه ودية موضوعها مبلغ من المال ، فإن العقد لا يكون عقد ودية تامة ، بل هو عقد ودية ناقصة وأقرب إلى عارية الاستهلاك منه إلى الدودية ، وكل ما يكون للمودع هو المطالبة بقيمة ماله ، وهذا حق شخصي يسقط كسائر الحقوق الشخصية بمعنى خمس عشرة سنة من تاريخ الالتزام بالرد (نفس مدني ١١ يناير سنة ١٩٤٠ مجموعة ص ٣ رقم ٢١ ص ٤٧ - استئناف مخطوط ٣ مارس سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٣٠٢) ، وإذا حمل تكليف بالوفاء فإن مدة التقادم تبدأ من جديد لخمس عشرة سنة (استئناف مصر ٧ ديسمبر سنة ١٩٣٨ المحاماة ١٩ رقم ٢٨٩ ص ٦٩٠) . والحق في المعاش (لا في أقساط المعاش الدورية) يسقط بخمس عشرة سنة (استئناف مخطوط ١٩ يناير سنة ١٨٩٣ م ٥ ص ١٠٤ - ٥ مايو سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٣١٢) . ولا يكون ثمن استبدال العين الموقوفة معتبراً وفقاً بمنزلة العين المجبة حتى تشتري به عين أخرى ، إلا إذا دفع الثمن وحفظ ودية على فة الوفاء . أما إذا لم يدفع ، فإنه يعتبر ديناً بسيطاً يسقط بخمس عشرة سنة ، لا بثلاث وثلاثين (الاسكندرية ٤ يناير سنة ١٩١٥ المجموعة الرسمية ١٧ رقم ٨٧ ص ١٤٣) . والحق في أصله أنه تسلمه من شركة حق شخصي يسقط بالتقادم (استئناف مخطوط ٢٢ مايو سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٣٢٥ - ٢٠ يناير سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٠٥) . انظر أيضاً ريجير في القانون التجاري فقرة ٢٤٤٧- بلاتويل وريجير وردوان ٧ فقرة ١٣٣٠ .

ويلاحظ أخيراً أنه لا عبرة بحسن النية أو يسوء النية في التقادم المسقط القائم على أساس استقرار التعامل ، وهذه هي حال التقادم بخمس عشرة سنة . فهما كان المدين سيئ النية ، حتى انقضى على استحقاق دينه خمس عشرة سنة فقد سقط الدين بالتقادم ، حتى لو اعترف المدين وهو يتمسك بالتقادم أنه لم يدفع الدين . وقد كان قانون الكنيسة يشترط حسن نية المدين ابتداء وبقائه ، ثم تقلبت مبادئ القانون الروماني على مبادئ القانون الكنسي لاعتبارات عملية (هودري وتبسيه فقرة ٦١٦ - فقرة ٦١٩) .

حالة نقص الأهلية ، من اليوم الذى يزول فيه هذا السبب ، وفى حالة الغلط أو التدليس من اليوم الذى ينكشف فيه ، وفى حالة الإكراه من يوم انقطاعه . وفى كل حال لا يجوز التمسك بحق الإبطال لغلط أو تدليس أو إكراه إذا انقضت خمس عشرة سنة من وقت تمام العقد . وهذا النص يقرر مدة تقادم خاصة - ثلاث سنوات أو خمس عشرة سنة - للدعوى إبطال العقد، وقد سبق أن عالجنا هذه المسألة عند الكلام فى البطلان (١) .

ونصت المادة ١٧٢ مدنى على أن ١ - تسقط بالتقادم دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى علم فيه الضرر بحدوث الضرر وبالشخص المسئول عنه . وتسقط هذه الدعوى فى كل حال بانقضاء خمس عشرة سنة من يوم وقوع العمل غير المشروع . ٢ - على أنه إذا كانت هذه الدعوى ناشئة عن جريمة، وكانت الدعوى الجنائية لم تسقط بعد انقضاء المواعيد المذكورة فى الفقرة السابقة ، فإن دعوى التعويض لا تسقط إلا بسقوط الدعوى الجنائية . وهنا أيضاً وضع القانون مدة تقادم خاصة - ثلاث سنوات أو خمس عشرة سنة - للدعوى الناشئة عن العمل غير المشروع ، وقد سبق بحث ذلك فى الجزء الأول من الوسيط (٢) .

(١) الوسيط جزء أول فقرة ٣٢٢ - ويلاحظ أن دعوى الإبطال فى حالة نقص الأهلية لها مهلة تقادم واحدة هو ثلاث سنوات من اليوم الذى يزول فيه نقص الأهلية . ولا تقادم هذه الدعوى بخمس عشرة سنة من وقت تمام العقد، لأن هناك احتمالاً ألا يزول نقص الأهلية، فلا يرتفع الحجر ولا يبلغ القاصر من الرشد ، إلا بعد مدة طويلة تستنفد الخمس عشرة سنة أو تكاد ، فتتقادم الدعوى أو تولد أن تقادم قبل زوال نقص الأهلية . فأراد المشرع أن يبنى لتقص الأهلية مدة بعد استكمال أهليته يرفع فيها دعوى الإبطال ، وهى ثلاث سنوات كاملة بعد استكمال الأهلية .

(٢) الوسيط جزء أول فقرة ٦٢٥ - ولما كان أساس مسئولية الإدارة من قراراتها الباطلة هو الخطأ، أى العمل غير المشروع (انظر فى هذا المعنى حكم المحكمة الإدارية العليا فى ١٥ ديسمبر سنة ١٩٥٦ مجلة إدارة قضايا الحكومة السنة الأولى المجلد الأول ص ٢١٤) ، فإنه يقترب على ذلك أن دعوى التعويض من قرار إدارى باطل تقادم بثلاث سنوات من اليوم الذى علم فيه الضرر بحدوث الضرر وبالشخص المسئول عنه . قانون مع ذلك حكماً آخر للمحكمة الإدارية العليا فى ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٥٦ (مجلة إدارة قضايا الحكومة السنة الأولى المجلد الأول ص ٢١٩)، وتذهب المحكمة فى هذا الحكم إلى أن التعويض من قرار باطل يفصل عامل اليومية -

ونصت المادة ١٨٠ مدني على أن « تسقط دعوى التعويض عن الأضرار بلا سبب بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم فيه من لحقته الخسارة بحقه في التعويض ، وتسقط الدعوى كذلك في جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من اليوم الذي ينشأ فيه هذا الحق » . ونصت المادة ١٨٧ مدني على أن « تسقط دعوى استرداد ما دفع بغير حق بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم فيه من دفع غير المستحق بحقه في الاسترداد ، وتسقط للدعوى كذلك في جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من اليوم الذي ينشأ فيه هذا الحق » . ونصت المادة ١٩٦ مدني على أن « تسقط الدعوى الناشئة عن الفضالة بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم فيه كل طرف بحقه ، وتسقط كذلك في جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من اليوم الذي ينشأ فيه هذا الحق » . وفي جميع هذه النصوص نرى القانون قد وضع مدة تقادم خاصة - ثلاث سنوات أو خمس عشرة سنة - للدعوى الناشئة عن استرداد ما دفع بغير حق والفضالة والإضرار بلاسبب بوجه عام ، وقد عالجنا هذه المسألة في الجزء الأول من الوسيط (١) .

= قبل من الخامسة والستين ليس مصدره العمل غير المشروع ، بل مصدره القانون مباشرة . وما ذهبت إليه المحكمة من ذلك لا يتخلو من التضارب مع ما ذهبت إليه في الحكم الأول الذي سبقت الإشارة إليه . هذا إلى أنه لو صح ما ذهبت إليه من أن مصدر المسؤولية هنا هو القانون مباشرة ، لوجب أن تكون مدة التقادم خمس عشرة سنة ، ما دام لا يوجد نص خاص - كما وجد قانون خاص في فرنسا يجعل مدة التقادم أربع سنوات في هذه الحالة - يحدد مدة أخرى . ولكن المحكمة جعلت مدة التقادم خمس سنوات ، وتقر بأن ذلك على أن التعويض عن حرمان الموظف من مرتبه يسبب فضلا بدون وجه حق تكون مدة التقادم فيه هي مدة التقادم المسقط للمرتب ، إذ « أن التعويض المترتب على الإخلال بالالتزام هو من طبيعة الحق النهائي عن هذا الالتزام ، لأنه هو المقابل له ، فتسرى بالنسبة للتعويض مدة التقادم التي تسرى بالنسبة للحق الأصل » . ولا نرى أن هناك علاقة ، من حيث مدة التقادم ، بين المرتب والتعويض . فالالتزام بالمرتب التزام دوري متجدد ، مصدره القانون على أساس العلاقة التنظيمية العامة التي تربط الحكومة بموظفيها . أما الالتزام بالتعويض فالالتزام بمبلغ من النقود تقدره المحكمة جزائفاً ، لا يدور ولا يتجدد ، ومصدره ليس هو القانون كما تقول المحكمة في حكمها هذا ، بل هو العمل غير المشروع كما تقول في حكمها الأول .

ونصت المادة ٢٤٣ مدنى على أن «تسقط بالتقادم دعوى عدم نفاذ التصرف بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى يعلم فيه الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف ، وتسقط فى جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من الوقت الذى صدر فيه التصرف المطعون فيه » . وهذه هى أيضاً مدة خاصة لتقادم الدعوى البولصية عاجلتها عند الكلام فى هذه الدعوى فى الجزء الثانى من الوسيط (١) .

ونصت الفقرة الأولى من المادة ٤٢٦ مدنى على أن «تسقط بالتقادم دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن إذا انقضت ثلاث سنوات من وقت توافر الأهلية أو من اليوم الذى يموت فيه صاحب العقار المبيع » . وهذه مدة خاصة للتقادم قررها القانون فى خصوص دعوى الغبن ، ومكانها عند الكلام فى البيع .

ونصت المادة ٤٥٢ مدنى ، فى خصوص دعوى ضمان العيب فى البيع ، على أن «تسقط بالتقادم دعوى الضمان إذا انقضت سنة من وقت تسليم المبيع ، ولو لم يكشف المشتري العيب إلا بعد ذلك ، ما لم يقبل البائع أن يلتزم بالضمان مدة أطول . ٢ - على أنه لا يجوز للبائع أن يتمسك بالسنة تمام التقادم إذا ثبت أنه تعمد إخفاء العيب غشاً منه » . وهذه مدة خاصة لتقادم دعوى ضمان العيب الخفى ، مكانها عند الكلام فى البيع .

ونصت المادة ٦٥٤ مدنى ، فى خصوص دعاوى ضمان المهندس المعمارى والمقاول المعمارى ما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم فيما أقاموه من منشآت ، على أن «تسقط دعاوى الضمان المتقدمة بانقضاء ثلاث سنوات من وقت حصول التهدم أو انكشاف العيب » . ومكان هذا التقادم الخاص عند الكلام فى عقد المقاوله .

ونصت المادة ٦٧٢ مدنى - للانحراف أو الغلط الذى يقع عند تطبيق تعريفه الأسعار التى قررته السلطة العامة فى التزام المرافق العامة على العقود الفردية ، فيكون الحق للعميل فى استرداد ما دفعه زيادة على الأسعار المقررة ، ويكون للملتزم بالمرافق العام الحق فى استكمال ما نقص من الأسعار المقررة - على أن «يسقط الحق فى الحالىين بانقضاء سنة من وقت قبض الأجور التى لا تتفق مع

الأسعار المقررة . . ومكان هذا التقادم الخاص عند الكلام في التزام المراقب العامة .

ونصت المادة ٦٩٨ مدني على أن « ١ - تسقط بالتقادم الدعاوى الناشئة عن عقد العمل بانقضاء سنة من وقت انتهاء العقد ، إلا فيما يتعلق بالحقالة والمشاركة في الأرباح والنسب المئوية في جملة الإيراد فان المدة فيها لا تبدأ إلا من الوقت الذي يسلم فيه رب العمل إلى العامل بياناً بما يستحقه بحسب آخر جرد . ٢ - ولا يسرى هذا التقادم الخاص على الدعاوى المتعلقة بانتهاك حرمة الأسرار التجارية أو تنفيذ نصوص عقد العمل التي ترمي إلى ضمان احترام هذه الأسرار » . وهذا التقادم الخاص مكانه عقد العمل .

ونصت الفقرة الثانية من المادة ٧٢٨ مدني على أن « تسقط بالتقادم دعوى المسافر قبل صاحب الفندق أو الخان بانقضاء ستة أشهر من اليوم الذي يغادر فيه الفندق أو الخان » . وهذا التقادم الخاص مكانه عقد الوديعة .

ونصت الفقرة الأولى من المادة ٧٥٢ مدني على أن « تسقط بالتقادم الدعاوى الناشئة من عقد التأمين بانقضاء ثلاث سنوات من وقت حدوث الواقعة التي تولدت عنها هذه الدعاوى » . وهذا التقادم الخاص مكانه عقد التأمين .

ونصت المادة ١٩٤ من التقنين التجاري على أن « كل دعوى متعلقة بالكيالات أو بالسندات التي تحت إذن وتعتبر عملاً تجارياً أو بالسندات التي لحاملها أو بالأوراق المتضمنة أمراً بالدفع أو بالحوات الواجبة الدفع بمجرد الاطلاع عليها وغيرها من الأوراق المحررة لأعمال تجارية يسقط الحق في إقامتها بمضي خمس سنين اعتباراً من اليوم التالي ليوم حلول ميعاد الدفع أو من يوم عمل البروتستو أو من يوم آخر مرافعة بالمحكمة إن لم يكن صدر حكم أو لم يحصل اعتراف بالدين بسند مفرد . وإنما على المدعي عليهم تأييد براءة ذمتهم بحلفهم المبين على أنه لم يكن في ذمتهم شيء من الدين إذا دعوا للحلف ، وعلى من يقوم مقامهم أو ورثتهم أن يظفوا بميثاق على أنهم معتقدون حقيقة أنه لم يبق شيء مستحق من الدين (١) » . ونصت المادة ٦٥ من التقنين التجاري على أن

(١) ويسرى هذا التقادم على الكيالات وتعتبر دائماً أعمالاً تجارية . ويسرى أيضاً على السندات تحت الإذن أو لحاملها ، بشرط أن تكون محرومة من تجار أو بسبب أعمال تجارية . -

== ويسرى أخيراً على الكيالات التي يقتضها بعض الشروط - وهي التي منها النص بعبارة الأوراق المتضمنة أمراً بالدفع أو الحوالات الواجبة الدفع بمجرد الاطلاع عليها وغيرها من الأوراق المحررة لأعمال تجارية . - يشترط أن تكون هي أيضاً محررة من تجار أو بسبب أعمال تجارية حتى تكون من الأعمال التجارية . والدعاوى التي تسقط بهذا التقادم هي الدعاوى التي يرفعها المحال على المسحوب عليه للتعاقب للكيالة أو على محرر السند تحت الإذن ، والدعاوى التي ترفع على الساحب الذي لم يقدم مقابل الوفاء ، والدعاوى التي ترفع على المظهرين ، ودعاوى رجوع الملتزمين بالوفاء بعضهم على بعض ، والدعاوى الناشئة بين الموقعين على الورقة التجارية بسبب علاقاتهم القانونية التي أنضت إلى إنشاء الورقة أو تظهيرها .

أما بقية الديون التجارية الأخرى ، غير الديون المتقدمة وغير ما نصت عليه المادتان ١٠٤٦ و ١٠٤٧ تجارى الآتي ذكرهما في المتن ، فسقط كالمديون المدني بحسب عشرة سنة ، ويدخل في ذلك وصيد الحساب الجاري (استئناف مصر ١٥ يولية سنة ١٩٢٦ المأماة ٧ ص ١١٤) .

ويسرى التقادم الخمسى بالنسبة إلى الأوراق التجارية من اليوم التالي ليوم حلول ميعاد الدفع أو من يوم حل البروتستو أو من يوم آخر مراقبة في المحكمة . وإذا كانت الكيالة أو السند الإذن مستحق للدفع عند الطلب ، سرى التقادم من تاريخ إنشاء الكيالة أو السند . وإذا انقطع التقادم وسرى تقادم جديد ، كانت مدة هذا التقادم الجديد خمس سنوات أيضاً ، إلا إذا صدر حكم بالدين فإن هذا الحكم لا يسقط إلا بخمس عشرة سنة (استئناف مصر ١٦ يولية سنة ١٩٣١

المجموعة الرسمية ٣٢ ص ٢٤٨ - استئناف مخطوط ١٤ يولية سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣٨٢) ، أو إلا إذا اعترف المدين بالدين بسند منفرد فيعتبر هذا تجديداً للدين بشرط أن يكون التجديد لاحقاً لاستحقاق الورقة التجارية فلا يسقط الدين الجديد إلا بخمس عشرة سنة (الأستاذ محمد صالح في شرح القانون التجارى ٢ ص ١٥٥ - ص ١٦٥ - الموجز المؤلف فقرة ٦٠٨) .

وقد قضت محكمة النقض بأن المادة ١٩٤ من التقنين التجارى تقولها « وغيرها من الأوراق المحررة لأعمال تجارية » إنما هنت الأوراق التجارية الصادرة لعمل تجارى ، لا الأوراق غير التجارية ولو كانت صادرة لعمل تجارى . وأخص خصائص الورقة التجارية صلاحيتها للتداول ، ولازم كونها كذلك أن تكون ورقة بمنفلة بنفسها ، وأن يبين فيها بمجرد الاطلاع عليها أن قيمتها مقدرة على وجه نهائى لا يدع مجالاً لمنازعة . فإذا كانت الورقة محل الدعى متصلة بكشف حساب وكانت نهائية قيمتها معلقة على غلو الكشف من السهو والغلط ، فإنها لا تكون ورقة تجارية ، وذلك دون الحاجة إلى النظر فيما إذا كانت الورقة قد حررت لعمل تجارى أم لغيره (نقض مدنى ٢٣ يناير سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٤٢ ص ٣١١) . وقضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه لى سقط حق المطالبة بكيالة تحت الإذن بحسب خمس سنوات يجب أن يكون سبب الدين تجارياً ، أما إذا كان السبب غير تجارى فطبق قواعد القانون المدني (استئناف وطنى ٤ مايو سنة ١٩٢٠ المجموعة الرسمية ٢٢ رقم ١٢٧ ص ٢٠٤ - وانظر أيضاً استئناف مخطوط ١٥ مارس سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٢١٧ - ٢٤ ديسمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٨٤) . وقضت محكمة الاستئناف الوطنية أيضاً بأن التزام الموقعين على كيالة بعضهم قبل بعض يعتبر مدنياً لا يسقط إلا بخمس عشرة سنة ولو كانت الكيالة تجارية ، ويسقط الحق فيها =

« كل مانشأ عن أعمال الشركة من الدعاوى على الشركاء الغير مأمورين بتصفية الشركة أو على القائمين مقامهم يسقط الحق في إقامته بمضى خمس سنين من تاريخ انتهاء مدة الشركة إذا كانت المشاركة الميئنة فيها مدتها أعلنت بالكيفية المقررة قانوناً ، أو من تاريخ إعلان الاتفاق للتضمن فسخ الشركة . وتنتج في ذلك القواعد العمومية المقررة لسقوط الحق بمضى المدة ، مع مراعاة القواعد المقررة لانقطاعها » . ونصت المادة ١٠٤ من التقنين التجارى على أن « كل دعوى على الوكيل بالعمولة وعلى أمين النقل بسبب التأخير في نقل البضائع أو بسبب ضياعها أو تلفها تسقط بمضى مائة وعشرين يوماً فيما يختص بالإرساليات التى تحصل فى داخل القطر المصرى ، وبمضى سنة واحدة فيما يختص بالإرساليات التى تحصل للبلاد الأجنبية . ويتلنىء الميعاد المذكور فى حالة التأخير أو الضياع من اليوم الذى وجب فيه نقل البضائع ، وفى حالة التلف من يوم تسليمها ، وذلك مع عدم صرف النظر عما يوجد من الغش والخيانة » . ومكان بحث هذه النصوص القانون التجارى .

== بالنسبة إلى الدائن بمرور خمس سنوات (استئناف وطنى ٢٣ مارس سنة ١٩٠٥ الحقوق ٢٠ ص ١٣٩) . وقضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا كان السند الإذن موقفاً عليه من تاجر ، كان عملاً تجارياً بمقتضى نص المادة ٢ من قانون التجارة ، إلا أن هذه القرينة ليست قاطعة ، فيجوز نفيها وإثبات أن سبب الدين مدنى محض تسمى عليه أحكام القانون المدنى خصوصاً فيما يتعلق بسقوط الحق فى المطالبة بالدين (استئناف مصر ١٥ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ١٤١ ص ١٨٧) . وقضت محكمة استئناف مصر أيضاً بأنه إذا حرر التاجر سند دين لمدنى غير خاص بتجارته كان السند مدنياً ، فلا يسقط الحق فى المطالبة به بمضى خمس سنوات (استئناف مصر ١٧ نوفمبر سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٣١١ ص ٦١٦ - ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٨ رقم ٤٠٠ ص ٨٦٧) . وقضت محكمة مصر بأن السند يكون تجارياً من ناحية الدائن إذا كان هذا الأخير تاجراً ولم يتم دليل من جانبه على مدنية سبب السند ، وإذا كان السند تجارياً من ناحية الدائن فإن حقه فى المطالبة بقيته يسقط بمضى خمس سنوات ، سواء كان المدين تاجراً أو غير تاجر (مصر ٩ أبريل سنة ١٩٣٠ المحاماة ١٢ رقم ٣٢٥ ص ٦٣٧) .
هذا والنس على جواز توجيه التمييز إلى المدين دليل على أن هذا التقادم قائم على قرينة الوفاء (استئناف مصر ٣ نوفمبر سنة ١٩٢٥ المحاماة ٦ رقم ٣٤٣ ص ٥٠٥ - ٤ فبراير سنة ١٩٣٠ المحاماة ١٠ رقم ٣٣٨ ص ٦٧٦ - مصر ١٥ أبريل سنة ١٩٣١ المحاماة ١١ رقم ٥٤٧ ص ١٠٧٢) . ولا توجه التمييز إلا للمدين أو ورثته ، فلا توجه للوكيل (استئناف مصر ٨ ديسمبر سنة ١٩٢٧ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ٩٤ ص ٢٢٦) .

ويلاحظ أن المشرع قد قصر مدد التقادم في الدعاوى الناشئة عن غير العقد - العمل غير المشروع والإثراء بلا سبب - لأن الدين مفروض على المدين بحكم القانون لا بإرادته . وقصر أيضاً مدد التقادم في الدعاوى الناشئة عن العقد حيث يكون هناك مبرر للتقصير بسبب طبيعة الدعوى، وذلك كدعاوى الإبطال والدعوى البولصية ودعوى تكملة الثمن للغبين ودعوى العيب الخفي في البيع والدعاوى الناشئة عن عقد العمل أو عن عقد التأمين أو عن الكيبيالات والأوراق التجارية أو عن بعض العقود التجارية ، فهذه كلها دعاوى تستوجب التعجيل في رفع الدعوى ، فقصر المشرع مدد التقادم فيها على نحو ما رأينا . أما الدعاوى الناشئة عن العقد فيا لا يستوجب التعجيل في رفع الدعوى ، فهذه لا تتقادم عادة إلا بخمس عشرة سنة ، لأن الالتزامات التي ترفع بها هذه الدعاوى قد ارضعها المدين بإرادته مختاراً .

٥٩٩ - الاستثناءات التي أوردتها القانون . (١) الحقوق الدورية

المعمدة - النصص القانوني : وهناك إلى جانب هذه النصص الخاصة استثناءات أخرى أوردتها التقنين المدني عقب إرادته للقاعدة العامة في مدة التقادم . وأول هذه الاستثناءات يتعلق بالحقوق الدورية المتجددة . فقد نصت المادة ٣٧٥ من التقنين المدني على ما يأتي :

١ - يتقادم بخمس سنوات كل حق دوري متجدد ولو أقر به المدين ، كأجرة المأبى والأراضى الزراعية ومقابل الحكر ، وكالفوائد والإيرادات المربطة والمهايا والأجور والمعاشات .

٢ - ولا يسقط الربح المستحق في ذمة الخائر سوى النية ولا الربح الواجب على ناظر الوقف أداؤه للمستحقين إلا بانقضاء خمس عشرة سنة (١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥١٤ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي :

١ - يتقادم بخمس سنوات كل حق دوري متجدد ، كأجرة في المأبى وفي الأراضى الزراعية وكالفوائد والأقساط والمزبقات والأجور والمعاشات . ويتقادم الحق حتى لو أقر به المدين بمد سقوطه بالتقادم . ٢ - ومع ذلك لا يسقط الربح المستحق في ذمة الخائر سوى النية ولا البيون النابتة في ذمة ناظر الوقف للمستحقين إلا بانقضاء خمس عشرة سنة . وفي لجنة المراجعة أضيف « مقابل الحكر » ضمن الحقوق التي تسقط بخمس سنوات ، وأصبحت المادة رقمها ٣٨٨ في المشروع =

وبقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ٢٧٥/٢١١ (١) .
وبقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري
المادة ٢٧٣ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٣١٢ - وفي التقنين المدني العراقي

- التباين . وفي مجلس النواب عدل النص بحيث أصبح مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد .
وفي لجنة مجلس الشيوخ تقلست مقترحات عدة لم تأخذ بها اللجنة ، وقالت عنها في تقريرها
ما يأتي : اقترح حذف عبارة « ولو أقر به المدين » من المادة ٣٧٥ وحذف الفقرة الثانية منها ،
لأن التقادم الخمسي لا يعتبر من النظام العام ولأن ما تنص عليه الفقرة الثانية لا يعتبر من قبيل
الديون الدورية بالنسبة إلى المدينين الوارد ذكرهم فيها ، فضلاً عن أنه لا محل لأفراد نص لم
دون أمثالهم من الأوصياء والوكلاء والمصنفين ... ولم تر اللجنة الأخذ بهذا الاقتراح ، لأن النص
ليس معناه أن المحكمة تقضي بالتقادم ولو أقر المدين بالدين إقراراً يعطى حل معنى التنازل عن
التمسك بالدفع بالتقادم ، بل هو يقرر القاعدة المسلمة المتفرعة حل عدم قيام هذا النوع من التقادم
حل قرينة الوفاء ، وموداعاً أن إقرار المدين بترتب الدين في حخته لا يمنعه في الوقت ذاته من أن
يتمسك بالتقادم ، ولا يحول دون انقضاء بتقادم الدين حل أساس هذا التمسك . هذا ويراهي أن
الفقرة الثانية من المادة ٣٧٥ وردت لحسم خلاف أثير في صدد الحاليين التين خصتهما بالذكر ،
وليس من أخير أن يترك باب الخلاف مفتوحاً مع أن في الواسع منه . واقترح الاستعانة من
عبارة « حق وحقوق » الواردة في المواد ٣٧٥ و ٣٧٦ و ٣٧٨ بعبارة « دين وديون » ، لأن
الانقضاء لا يرد حل الحق وإنما يرد حل الدين . ولم تر اللجنة الأخذ بهذا الاقتراح ، لأن الذي
ينقضي هو الالتزام ، وهو رابطة تتمثل في ذمة الدائن حقاً وفي ذمة المدين ديناً ، فلا يقبل أن
يقال إن أحد وجهي هذه الرابطة هو الذي يقبل الانقضاء دون الآخر ، وإنما يرد الانقضاء
حل الرابطة بوجهيها جميعاً ، فيصح في لغة التشريع أن يقال انقضاء الحق وانقضاء الالتزام
وانقضاء الدين ، وكلها صحيح وكلها بمعنى واحد . ولذلك استعمل التقنين الحالي (السابق)
الاستعانة معاً ، فعبارة « أحياناً يسقط » للمبالغ المستحقة « أي الحقوق ، وعبر أحياناً يسقط
« الدين » . واللفظه وانقضاء جميعاً لا يتكرران شيئاً من ذلك . واقترح أن يضاف إلى أحكام
التقادم النص الآتي : « تتقادم الدعوى بذات المدة المقررة لتقادم الدين المطلوب فيها » . ولم تر
اللجنة الأخذ بهذا الاقتراح ، لأن النظام الذي اتجه للتقنين لا يفرق بوجه عام بين الحق والدعوى
حل حرار ما هو معروف في الفقه الإسلامي . أما إذا أريد بالدعوى الخصومة أمام القضاء ،
فهذا ما تتكفل بالنص حل التقادم فيه مشروع قانون المرافعات » . ووافقت اللجنة حل النص
كما هو تحت رقم ٣٧٥ ، ثم وافق عليه مجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التصديرية ٣ ص ٣٠٤
و ص ٣٠٦ - ص ٣١٠) .

(١) التقنين المدني السابق م ٢٧٥/٢١١ : المرتبات والرواتب والمداينات والأجر ، وبالجملة
كافة ما يستحق دفعه سنوياً أو بمواعيد أقل من سنة ، يسقط الحق في المطالبة به بمضي خمس سنوات
هلالية » . (والحكم واحد في التقنينين السابق والجديد ، فيما عدا أن الستين تحسب ميلادية في
التقنين الجديد) .

المادة ٤٣٠ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٣٥٠ (١) .

٦٠٠ - الضابط هو الروسية والنهر : وقد أورد المشرع بصريح النص الضابط لهذه الحقوق التي تتقادم بخمس سنوات ، فوصفها بأنها « كل حق دورى متجدد » . والدورية (périodicité) هي أن يكون الحق مستحقاً في مواعيد دورية ، كل شهر أو كل ثلاثة أشهر أو كل سنة ، أو أقل أو أكثر . والتجدد (renouvellement) هو أن يكون الحق بطبيعته مستمراً لا ينقطع .

والأمثلة التي أوردتها المشرع توضح هاتين الخصيصتين . فأجرة المباني والأراضي الزراعية دورية : تلغ أجرة المباني في العادة كل شهر أو كل ثلاثة أشهر أو كل سنة ، وتلغ أجرة الأراضي الزراعية عادة كل سنة قسماً واحداً أو قسطين . وهي في الوقت ذاته متجددة بطبيعتها ، إذ هي مستمرة لا تنقطع ،

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٣٧٣ (مطابقة المادة ٣٧٥ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني الليبي م ٣٦٢ (مطابقة المادة ٣٧٥ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٤٣٠ : ١ - كل حق دورى متجدد ، كالأجرة والفوائد والرواتب والإيرادات المرتبة ، لاتسبع الدعوى به على المدين بعد تركها من غير علم شرعى خمس سنوات . ٢ - أما الربح المستحق في ذمة الخائز سيء النية ، والربح الواجب على متولى الوقف أداؤه للمستحقين ، فلا تسبح للدعوى بهما على المنكر بعد تركها من غير علم شرعى خمس عشرة سنة . (وأحكام التقنين العراقي متفقة مع أحكام التقنين المصري ، فيما عدا أن التقنين العراقي ، على غرار الفقه الإسلامي ، لا يميز بين الدعوى بدلا من أن يسقط الحق بالتقادم . انظر الأستاذ حسن الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ٣٨٢ - فقرة ٣٨٤ - وانظر مقالا في التقادم المبسوط في القانون المدني العراقي للأستاذ شياء حيث خطاب في مجلة القضاء ببغداد السنة الخامسة عشرة ص ٥٠ - ص ٥٢) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٣٥٠ : تكون مدة مرور الزمن خمس سنوات في المستحقات المتأخرة والفوائد وحصل الأهم من الأرباح وأجور المباني والأراضي الزراعية ، وبوجه عام في الموجبات التي تصحق الأداء كل سنة أو أقل . وتكون مدة مرور الزمن خمس سنوات أيضاً في الدعاوى بين الشركاء أو بين هؤلاء وأشخاص آخرين من أجل الموجبات الناشئة من عقد للشركة . وتنتهى هذه المدة من يوم إعلان حل الشركة أو إعلان خروج أحد الشركاء . (ولفقرة الأولى من النص تنطفي أحكامها مع أحكام التقنين المدني المصري . وانظر في الفقرة الثانية من النص المادة ٦٥ من التقنين التجاري المصري) .

فإن المالك يستأدى الأجرة في العادة مستمرة دون انقطاع ، والمستأجر يدفعها مستمرة دون انقطاع . وهي إذا كانت تنقطع بانتهاء عقد الإيجار ، إلا أنها تقاس بالزمن ، وتتجدد بتجديده ، ما دام عقد الإيجار قائماً (١) . وليست أجرة المباني والأراضي الزراعية وحدها هي الدورية المتجددة ، بل إن كل أجرة يلحقها هذا الوصف . فأجرة الأرض القضاء ، وأجرة الغرف المفروشة ، وأجرة المنقولات كالسيارات إذا استؤجرت لمواعيد دورية « واللهيات » « والعوامات » وغيرها ، كل هذه حقوق دورية متجددة تتقادم بخمس سنوات . غير أن المشرع أورد أجرة المباني والأراضي الزراعية على سبيل المثال لا على سبيل الحصر ، لأنها هي الغالبة في التعامل (٢) .

ومقابل الحكر هو أيضاً أجرة دورية متجددة (٣) . وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ١٠١٣ مدني على أن تكون هذه الأجرة « مستحقة الدفع في نهاية كل سنة ، ما لم ينص عقد التحكير على غير ذلك » . ومقابل الحكر الأجرة السنوية للأرض المساوية لأجرة المثل في عقد الإيجارين (م ١٠١٣ مدني) ، والأجرة الثابتة في عقد خلو الارتفاع (م ١٠١٤ مدني) ، فكل هذه حقوق دورية متجددة

(١) ويفرق الأستاذ عبد الحى حجازي بين الحق المتجدد كالأجرة والحق المتجزئ . كالحق المسقط ، فيقول : « الحق المتجدد تتبين مرات تجديده على أساس المدة ، أما الحق المتجزئ . على الزمن فإن المدة تتحدد على أساس عدد الأجزاء . ولهذا فإن الدين المتجزئ لا يسقط إلا بالتقادم الطويل ، وذلك لتختلف صفة التجدد فيه ، بل إن صفة الدورية فيه ليست ناشئة من كونه منوطاً بالمدة ، لأنه ليس منوطاً بالمدة ، وإنما المدة ناشئة من تقسيمه عدة أجزاء ووضع كل جزء من تعلق زمن معين » (الأستاذ عبد الحى حجازي ص ٣٥٥) .

(٢) ولأن في إطلاق « الأجرة » شيئاً من علم اللغة ، فسرى أن أجرة الفترة في الفتنق تتقادم بسنة واحدة لا بخمس سنوات (م ٣٧٨ مدني) .

هذا وليس كل التزام ينشأ من عقد الإيجار يتقادم بخمس سنوات ، فالتبويض من تلف العين المؤجرة ينشأ من عقد الإيجار ولا يتقادم إلا بخمس عشرة سنة . وإنما تقادمت الأجرة بخمس سنوات لأنها دورية متجددة ، لا لأنها ناشئة من عقد الإيجار (بلانيول وريبر وردوان ٧ فقرة ٢٣٢٤ ص ٧٤٢) .

(٣) استئناف مخطوط ٣١ ديسمبر سنة ١٨٩٠ م ص ٣ م ١٠٣ — ١٢ مارس سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ١٦٥ — مصر ٣٠ أبريل سنة ١٨٩٩ الحقوق ١٦ ص ١٤٨ — ٧ يناير سنة ١٩٠٨ المبيعة الرسمية ٩ رقم ٩١ ص ٢٠٨ .

تتقدم بخمس سنوات (١) .

والقوائد هي أيضاً حقوق دورية متجددة ، إذ هي تدفع كل سنة عادة ، وهي ريع متجدد لرأس المال . وتتقدم بخمس سنوات أبداً كان مصلبرها ، فقد تكون فوائد اتفاقية كما في القرض وثنى المبيع ، وقد تكون فوائد قانونية طوبل بها مطالبة قضائية (٢) . ويدخل فى القوائد فوائد الأسهم والسندات (الكوبونات) (٣) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا أقر المستأجر فى عقد الإيجار أنه إذا زرع أكثر من ثلث الأرض قطعاً أو كرر للزراعة القطعية فيما سبقت زراعته قطعاً ، يكون ملزماً بمثل الأجرة ، وجعل لنفاة الوقت حق خصم مايجب من ذلك التمريض من كل مبلغ دفعه أو يدفعه المستأجر ، ووقع الاتفاق على أن يسرى هذا الحكم ويتكرر فى سن الإيجار ، فإن الظاهر من هذا العقد أن الطرفين أنزلا للتمريض المذكور منزلة الأجرة قدرأ واستحقاقاً وتكراراً . ومنى قام بالالتزام بالتمريض المترتب على مخالفة المستأجر لالتزاماته الأصلية وصف كونه مقدراً تقدير الأجرة ومستحقاً استحقاقها ودائراً معها عن مدة الإيجار ، فقد جاز عليه حكم السقوط بالتقدم الخمسى سقوط الأجرة (نقض مدنى ٢٧ فبراير سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٣٤ ص ١٠٧٢ - وانظر أيضاً : نقض مدنى ٢٧ أبريل سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٨٠ ص ٥٤٨) .

(٢) وقد قضت محكمة استئناف مصر بسقوط القوائد التى حل أجلها وانقضت على استحقاقها خمس سنوات أبداً كان نوعها ، سواء أكانت القوائد متفقاً عليها أم كانت سارية بحكم القانون أو محكوماً بها من المحاكم (١٦ يونيو سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٣٢ رقم ١١٤ ص ٢٤٨ - والظر : استئناف غلط ٩ مارس سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ١٦٥ - ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٢٥ ص ٣٨ - ١٤١ - ٢١ أبريل سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٥٩ - ٢ مارس سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ١٢٠) .

وقضت أيضاً بأنه يبدأ فى استئزال ما دفع من الدين من الأقساط بالمصروفات والقوائد المستحقة على الدين قبل الخصم من رأس المال . فإذا ورد فى الإيصالات المقتمة من المستألف أن خصم الأقساط التى دفعها يكون من المطلوب للدائن بدون تفصيل ، انصرف هذا الصداد إلى أنه واقع على القوائد أولاً . ومنى ثبت ذلك تكون هذه الدفعات خصماً من القوائد المستحقة سنوياً ، ويتقرر على هذا أن سدادها قاطع لسريان مدة تقادها فى كل تاريخ من تواريخ الإيصالات التى قدمها الخصم (استئناف مصر ٣ يناير سنة ١٩٤٥ المجموعة الرسمية ٤٦ رقم ١٢١) .

(٣) أما إذا كانت القوائد مستحقة على سبيل التمريض ، فإنها لا تكون دورية متجددة ، وتتقدم بخمس عشرة سنة لا بخمس سنوات . وقد قضت محكمة الاستئناف المخططة بأنه إذا لم يشترط دفع فوائد من الباقي من الثمن فى ذمة المشتري ، واستولى المشتري على الأرض المبيعة وانتفع بها ، وجب عليه دفع فوائد على سبيل التمريض فى مقابل الانتفاع بالأرض ، وهذه القوائد لا تخضع للتقدم الخمسى (١١ نوفمبر سنة ١٩١٩ م ٣٢ ص ٧) .

والإيرادات المرتبة هي أيضاً حقوق دورية متجددة تتقدم بخمس سنوات. ويستوى في ذلك الإيرادات المرتبة لدى الحياة فهي دورية تتجدد لدى الحياة، والإيرادات الدائمة فهي دورية تتجدد على الدوام. وتتقدم الإيرادات بخمس سنوات إما باعتبارها إيرادات مرتبة، وإما باعتبارها فوائد مستحقة على رأس المال الذي دفعه صاحب الإرادة للمدين به (انظر ٢/٥٤٥ مدني).

والمهايا والأجور والمعاشات (١) هي أيضاً حقوق دورية متجددة تتقدم بخمس سنوات، وتُدفع عادة كل شهر، وتتجدد باستمرار. ولا يدخل في ذلك أجور العمال والخدم والأجراء، سواء كانت يومية أو أسبوعية أو شهرية، فهذه كما سنرى تتقدم بسنة واحدة. فالذي يتقدم إذن بخمس سنوات هي مهايا وأجور ومعاشات الموظفين والمستخدمين دون العمال والخدم. ويلحق بالمهايا والأجور والمعاشات دين الثقة، فهو أيضاً يتقدم بخمس سنوات (٢)، والدائن بالثقة إذا هو أهمل في المطالبة بها أكثر من هذه المدة، فالغالب أن يكون ذلك راجعاً إلى عدم حاجته لها، ويكون غير مستحق لإياها.

ويكفي أن يكون الحق دورياً متجدداً ليتقدم بخمس سنوات، فليس من الضروري إذن أن يكون حقاً ثابتاً لا يتغير مقداره. فن الحقوق الدورية المتجددة ما يتغير مقداره. من وقت إلى آخر، كريع الأسهم (dividendes) ومقابل الحكر وهو يزيد أو ينقص كلما بلغ التغير في أجر المثل حداً يجاوز الخمس زيادة أو نقصاً على أن يكون قد مضى ثمان سنوات على آخر تقدير (م ١٠٠٤/٢ مدني)، وكأقساط التأمين في جمعيات التأمين التعاونية (assurance mutuelle) فهذه أيضاً متغيرة بحسب الحوادث التي تقع كل سنة وقد لا تقع حوادث أصلاً فلا تستحق أقساط ما. فهذه الحقوق الدورية المتجددة، التي تتغير مقاديرها من وقت إلى آخر، تتقدم مع ذلك بخمس سنوات. وهذا على خلاف ما جرى

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن المادتين ٢١١ مدني (قديم) و ٦٤ من لائحة المعاشات الخاضعين بمقتضى الحق في المرتبات بخمس سنوات لا تطبقان إلا على معاش تحت تسمية (٤ مايو سنة ١٩٠٥ الاستقلال ٥ ص ٢٣).

(٢) ومع ذلك فقد قضت محكمة طعناً بأن الثقة لا تسقط إلا بخمس عشرة سنة (٢٦ يناير سنة ١٨٩٩ القضاء ٦ ص ٥٨).

عليه القضاء الفرنسي ، فهو يقضى بوجوب أن يكون مقدار الحق الدورى المتجدد ثابتاً لا يتغير ، فتتقدم أقساط التأمين فى جمعيات التأمين التعاونية بثلاثين سنة لا بخمس سنوات .

٦٠١ - الأساسى الزى يقوم عليه تقادم الحقوق الدورى المتجددة :

وتتصلد قاعدة التقادم الخمسى للحقوق الدورى المتجددة ، فى أصلها التاريخى ، للقانون الفرنسى القديم (١) . وقامت منذ البداية على الاعتبار الرئيسى الآتى : إن هذه الحقوق الدورى المتجددة يدفعها المدين عادة من ريعه الدورى المتجدد ، فالمستأجر يدفع الأجرة من إيراده الشهرى أو السنوى ، والمقترض يدفع الفوائد من ريع أمواله ، بل إن الحكومة وأرباب الأعمال يدفعون ماهيات الموظفين والمستخدمين وأجورهم ومعاشاتهم من ميزانياتهم السنوية وهى ميزانيات دورية متجددة (٢) . فاذا أهمل الدائن فى المطالبة بهذه الحقوق الدورى المتجددة مدة طويلة من الزمن ، فتراكت على المدين ، وكان للدائن أن يتقاضاها لمدة التقادم العادى ، أى لمدة خمس عشرة سنة خلت ، اضطر المدين أن يدفعها من رأس ماله ، وقد يجر هذا عليه الإفلاس والخراب . من أجل ذلك وضع

(١) وبالتحديد إلى عصر لويس الثانى عشر ، إذ أصدر هذا الملك للفرنسى أمراً ملكياً (ordonnance) ، فى يونيه سنة ١٥١٠ ، قضى فيه بأن من يشتري إيراداً مرتباً - والإيراد المرتب فى ذلك الوقت هو القائلة على رأس المال - لا يجوز له أن يطالب بمتاخرات الإيراد لأكثر من خمس سنوات ، وذلك حتى لا تراكمت المتأخرات على المدين بالإيراد ، قهرقه وتوقفه فى الإفلاس والخراب (بودرى وتيسيه فقرة ٧٦٧) .

(٢) وقد نقضت المحكمة الإدارية العليا بأن التقادم الخمسى يقوم على اقتراض أداء المدين للديون الدورى المتجددة من إيراده ، وأن تراكمها أكثر من خمس سنوات تكليف بما يجاوز السعة ، وهذه القرينة لا تقبل إثبات الدليل العكسى . والخزانة العامة حتى الانتفاع بحكها رغم ملائمتها . ومناعة المدين فى أصل المرتب لا تمنع من سريان هذا التقادم (١٩ نوفمبر سنة ١٩٥٥ الحاماة ٢٦ رقم ٤٤٨ ص ١٣٢٨ - وانظر حكماً آخر من نفس المحكمة فى ٣٦ نوفمبر سنة ١٩٥٥ الحاماة ٣٧ رقم ٧٠ ص ٦٨) . ونقضت محكمة الإسكندرية بأن القول بوجوب أن تكون المبالغ التى يسرى عليها التقادم الخمسى معينة المقدار عند التماقد قول لا سند له من القانون ، لأن الخطر من تراكم الديون غير معينة المقدار لا يقل من خطر تجمع الديون المعلوم مقدارها (٤ ديسمبر سنة ١٩٣٩ المجموعة الرسمية ٤١ رقم ١٠٦) .

القانون حداً لتراكم هذه الديون ، خمس سنوات ميلادية لا تزيد ، فلا يستطيع الدائن أن يطالب المدين بما تأخر منها لأكثر من خمس سنوات ، لأن ما مضى على استحقاقه منها أكثر من خمس سنوات يكون قد انقضى بالتقادم . ومن ثم لا يجبر المدين على دفع هذه الديون المتجددة الدورية إلا لمدة خمس سنوات فقط سابقة على يوم المطالبة (١) ، فلا يكون في هذا من الإرهاق ما يصل به إلى حد الإعنتات .

هذا من جهة . ومن جهة أخرى - ولكن هذا اعتبار ثانوى بجانب الاعتبار الرئيسى الذى قلناه - فإن الدائن بهذه الحقوق الدورية المتجددة يعتبر عادة هذه الحقوق إيراداً ينفق منه في شؤون حياته اليومية ، فلا يسكت عن المطالبة بها أكثر من خمس سنوات . ويغلب ، في الحقوق التى مضى على استحقاقها أكثر من خمس سنوات ، أن يكون الدائن قد استوفأها . ولا يستطيع المدين عادة أن يحتفظ بمخالفات دورية لإثبات هذا الوفاء لمدة تزيد على خمس سنوات ، فيعتبر عليه إثبات الوفاء عن مدة أبعد . فيأتى القانون لإسعاد المدين ، ويقضى بتقادم الديون التى ترجع إلى أبعد من خمس سنوات ، ويقوم التقادم على قرينة الوفاء .

على أن هذا الاعتبار الثانى هو ، كما قدمنا ، اعتبار ثانوى بجانب الاعتبار الرئيسى الأول ، وهو تجنب المدين الإرهاق والعنت ، فلا يجبر على دفع هذه الحقوق الدورية المتجددة لمدة تزيد على خمس سنوات ، حتى لا يضطر لى دفعها من رأس ماله . فهذا الاعتبار الأول متحقق دائماً ، أما الاعتبار الثانى فقد يتحقق ولا يتحقق . فإذا لم يتحقق ، فإن الاعتبار الأول كافٍ وحده

(١) وقد لا يستطيع الدائن المطالبة بالمدين إلا لمدة أقل من خمس سنوات ، ويتحقق ذلك في الفرض الآتى : سجل الدائن بإيراد مرتب على الحياة تقاضى الإيراد مدة خمس سنوات ، ثم يموت فينقضى الإيراد بالموت . ثم تطالب الورثة بما تراكم من الإيراد لمورثهم ، وتأخر المطالبة إلى سنة مثلاً بعد موت صاحب الإيراد . فى هذه الحالة لا تستطيع الورثة المطالبة بكل إيرادات الخمس السنوات المتراكمة ، لأن إيراد السنة الأولى منها يكون قد تقادم بخمس سنوات بعد انقضاء سنة على موت صاحب الإيراد قبل المطالبة . ومن ثم لا يستطيع الورثة أن يطالبوا بأكثر من إيرادات الأربع السنوات الأخيرة ، فهذه وحدها هى التى لم تقادم بخمس سنوات (بودرى وتيسيه فقرة ٧٩٩) .

لتأسيس التقادم الخمسى . ويترتب على ذلك أن هذه الديون تتقادم بخمس سنوات ، حتى لو أقر المدين أنه لم يوف بها (١) ، وتمسك مع ذلك بالتقادم تقادياً من إرهابه بوفاء ما تراكم منها لمدة أكثر من خمس سنوات . وقد ورد هذا الحكم صراحة في النص ، إذ جاء في صدر الفقرة الأولى من المادة ٣٧٥ منقذ : « يتقادم بخمس سنوات كل حق دورى متجدد ، ولو أقر به المدين » .

ويلاحظ أن إقرار المدين بعدم وفاء ما انقضى على ميعاد استحقاقه أكثر من خمس سنوات ، قد يفسر بأنه نزول منه عن التمسك بالتقادم (٢) . ولما كان النزول عن التقادم بعد تمامه جائزاً ، فإن الإقرار بعدم الوفاء على هذا النحو يمنع من تقادم الدين ، ويجبر المدين في هذه الحالة على الوفاء بكل ما تراكم من الديون ، ولو رجع استحقاقه إلى عهد أبعد من خمس سنوات . أما إذا كان ما صدر من المدين هو مجرد تقرير للواقع ، فهو لا ينكر أنه لم يوف بما تراكم من هذه الديون ، ولكنه مع ذلك يتمسك بالتقادم ، فلا يعتبر إقراره على هذا النحو نزولاً منه عن التقادم ، وله أن يتمسك به على النحو الذى قدمناه (٣) .

٦٠٢ - الديون التى لم تستوف سُرطى الدورية والتجرد تقادم

خمس عشرة سنة : والتقادم الخمسى لا يكون إلا فى الديون الدورية المتجددة على النحو الذى قدمناه . فإذا لم يستوف الدين هذين الشرطين معاً ، كان تقادمه بخمس عشرة سنة لا بخمس سنوات .

(١) قارن استئناف مختلط ٨ مايو سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١٦٧ .

(٢) استئناف مختلط ٢٥ يونيو سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٢٥٥ .

(٣) انظر ما جاء في تقرير لجنة مجلس الشيوخ في هذا المعنى ، وقد تقدم ذكره عند إيراد تاريخ نص المادة ٣٧٥ منقذ (انظر آنفاً فقرة ٥٩٩ في المباحث) . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى « ولا يقوم التقادم الخمسى على قرينة الوفاء ، كما هو الشأن فيما عدا من غروب التقادم ، وإنما يرجع فى أساسه إلى أن المدين يفترض فيه أداء الديون الدورية المتجددة من إرادته ، فلو أجبر على الوفاء بما تراكم من هذه الديون بعد انقضاء خمس سنوات من تاريخ استحقاقه ، لأفضى ذلك إلى تكليفه بما قد يجاوز السعة . وقد جعل المدين ، تقريراً على هذا التوجيه ، أن يتمسك بالتقادم بانقضاء تلك المدة ولو بعد إقراره بوجوب الدين فى نفسه » (مجموعة الأعمال التمهيدية ٣ ص ٣٠٥) .

فهناك ديون قد استوفت شرط الدورية دون أن تستوفى شرط التجدد ، كما هي الحال في دين مقسط أقساطاً دورية . فهذا الدين دورى لأنه يدفع في مواعيد دورية ، ولكنه غير متجدد لأنه لا يتجدد بتجدد الزمن ، بل ينقضى بدفع آخر قسط منه . ومن ثم تكون مدة التقادم هنا خمس عشرة سنة لاجل خمس سنوات (١) . كذلك لا يستوفى شرط التجدد وإن استوفى شرط الدورية نتاج المناجم والمحاجر ، فهذا نتاج دورى لكنه يستنزف الأصل - المنجم أو المحجر - فهو بطبيعته غير متجدد . ومن ثم إذا ترتب ديناً في ذمة شخص ، لم يتقادم هذا الدين إلا بخمس عشرة سنة ، ولا يتقادم بخمس سنوات .

وتفقد الديون الدورية المتجددة طبيعتها هذه إذا تحولت من ريع إلى رأس مال عن طريق قانوني . مثل ذلك أن يقرض شخص المدين ما يني به فوائد دينه أو أجرة مسكنه أو يني به ديوناً دورية متجددة أخرى ، فان دين القرض هذا - وإن كان سببه هذه الديون الدورية المتجددة - قد أصبح رأس مال مصدره عقد القرض ، فلا يتقادم بخمس سنوات وإنما يتقادم بخمس عشرة سنة . كذلك إذا دفع المستأجر الأجرة للمؤجر ، وتبين بعد ذلك أنه دفع مبالغ غير مستحقة من هذه الأجرة ، فانه يستردها . ويعتبر دين المؤجر الخاص برد هذه المبالغ غير المستحقة رأس مال لاديناً دورياً متجدداً (٢) ، فلا يتقادم بخمس سنوات ،

(١) استئناف مخطط ٨ يولييه سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٤٧٨ - وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيلي في هذا الصدد : « يرد التقادم الخمسى على الالتزامات الدورية المتجددة . . أما أقساط الديون المنجدة فيسقط كل منها بانقضاء خمس عشرة سنة من تاريخ استحقاقه ، لأنها ليست بالمتجددة وإن كانت دورية » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٠٥) .

(٢) استئناف مخطط ٢٥ مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٢٩٨ - ١٨ فبراير سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ٩٦ - سوحاج ١٨ فبراير سنة ١٩٣٨ الحاماة ٢٠ رقم ٤١٧ ص ١٠٢٦ - وإذا دفع المستأجر من المؤجر الأموال الأميرية ، فرجوعه عليه بها يتقادم تقادم الإثراء دون سبب بثلاث سنوات أو بخمس عشرة سنة ، لا تقادم الأموال الأميرية بثلاث سنوات (نقض مدني ٢٨ أكتوبر سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٦٧ ص ١٩٠ ، وقارب استئناف مخطط ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ١٠٩) . ولكن إذا استبق المستأجر من الأجرة المستحقة عليه مبلغاً معيناً ليضعه في الأموال الأميرية المقررة على العين المؤجرة ، لم يخرج المبلغ المستبق عن طبيعته ، وهي أنه دين أجرة سبب الالتزام به عقد الإجارة ، وتخصيصه ليضع في الأموال الأميرية لا يعد تبديلاً -

وإنما يتقادم تقادم رد غير المستحق بثلاث سنوات أو بخمس عشرة سنة (١)

٦٠٣ - الربيع المستحق في ذمة الحائز سبيء النية والربيع الواجب

على ناظر الوقف أدائه للمستحقين : تنص المادة ٩٧٩ مدني على أن يكون الحائز سبيء النية مسئولاً من وقت أن يصبح سبيء النية عن جميع الثمار التي يقبضها والتي قصر في قبضها ، غير أنه يجوز أن يسترد ما أنفقه في إنتاج هذه الثمار .

ويخلص من هذا النص أن الحائز سبيء النية ملتزم برد ثمرات الشيء الذي حازه من يوم أن أصبح سبيء النية ، ويعتبر سبيء النية حتماً من يوم رفع الدعوى على الأقل (٢) . فهذه الثمرات ، فيما بين الحائز والمالك ، لا تعتبر ديوناً دورية متجددة ، بل هي قد تحولت في ذمة الحائز من ربح إلى رأس مال واجب الأداء للمالك .

== للاتزام ، وإذن فله السقوط المقررة له هي خمس سنوات (نقض مدني ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٣ رقم ١٠ ص ٢٢) . كذلك إذا تجدد دين الأجرة بانتفاء مدة الإيجار ، فإنه لا يفقد صفته الدورية والتجديد . وقد قضت محكمة النقض بأن الدورية والتجديد هما صفتان لاحقتان بدين الأجرة ، وهما مفترقتان فيه ما بقي حافظاً لوضعه ، ولو تجدد بانتفاء مدة الإيجار وأصبح في الواقع مبلغاً ثابتاً في الذمة لا يدور ولا يتجدد (نقض مدني ١٩ مارس سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٠٢ ص ٦٧٢) .

(١) بلانيول وريبير ودوان ٧ فقرة ١٣٣٨ ص ٧٤٨ — ودوان في أنسيكلوبيدي دالوز ٤ لفظ prescription civile فقرة ٣١٧ — وانظر ما قدمناه من أن الحقوق التي تتقادم بمدة خاصة تفسر تفسيراً شيقاً ، وما يخرج عنها يرجع إلى أصل الفائدة فيتقادم بخمس عشرة سنة (آنفاً فقرة ٥٩٧) .

وإذا أدمجت الفوائد في رأس المال ، أصبحت هي أيضاً رأس مال ، وفقدت صفته الدورية والتجديد ، فلا تتقادم إلا بخمس عشرة سنة . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الثابت من وقائع الدعوى أن السكينة المطالب بقيمة حررت من أجرة سنة وفوائدها متجمعة صليت ، واستبدل بها مبلغ واحد هو المبلغ الوارد بالسكينة ، فإن هذا المبلغ يكون قد زالت عنه صفة الدورية والتجديد ، فلا يسقط الحق فيه بخمس سنوات (نقض مدني ٢٧ مايو سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٦٦ ص ١٧٩) . وانظر أيضاً في هذا المعنى : استئناف مصر ١٢ يناير سنة ١٩٣٩ المحاماة ١٩ رقم ٣٣٩ ص ٨٣٠ — استئناف غلطة ٣ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٤٣٨ — ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٢ م ٤٥ ص ٨٥ — ١٤ يناير سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ٦١ — أول أبريل سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ١١٦ — ٢ يونيو سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ١٧٧ — ٥ يونيو سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١٩١ — ٤ أبريل سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ٩٩ .

(٢) انظر المادة ٣/١٨٥ مدني .

ومن ثم تتقدم هذه الثمار بخمسة عشرة سنة لاجتماع سنوات ، فاذا طالب المالك بها الحائز قبل انقضاء خمس عشرة سنة ، ولو بعد انقضاء خمس سنوات ، لم يجوز للحائز أن يدفع هذه المطالبة بالتقدم (١) .

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهين في هذا الصدد : « وراعى أن التزام الحائز بسبب التبعة برد الثمرات لا يعتبر من قبيل الديون الدورية المتجددة ، ولذلك نص على أن هذا الالتزام لا يتقدم إلا بانقضاء خمس عشرة سنة ، ويسرى الحكم نفسه على الفوائد المتجددة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٠٥) .

هذا وإذا كان الربيع مستحقاً في ذمة من تسلم غير المستحق لأنه سبب التبعة (انظر م ١٨٥ ملف) فإنه يلحق برأس المال الذي سلم دون حق ، ويتقدم هو ورأس المال بثلاث سنوات أو بخمس عشرة سنة وفقاً لأحكام التقدم المقررة في الالتزام برد غير المستحق (انظر م ١٨٧ ملف) . وقد كان القضاء ، في عهد التقنين المدني السابق ، منقبها في هذه المسألة . ولكن الكثرة الغالبة من الأحكام كانت تقضى بتقدم الربيع المستحق في ذمة الحائز بسبب التبعة بخمس عشرة سنة : نقض مدني ١٧ فبراير سنة ١٩٣٨ بمجموعة عمر ٢ رقم ٩٦ ص ٢٨٥ - استئناف وطني ٢٧ مارس سنة ١٩١٢ المجموعة الرسمية ١٣ رقم ٩٢ ص ١٨٧ - أول يناير سنة ١٩١٤ الحقوق ٣٠ ص ٣٢٤ - ١٦ يونيو سنة ١٩١٤ الشرائع ١ رقم ٤١٤ ص ٢٥٢ - ١٥ فبراير سنة ١٩١٥ الشرائع ٢ رقم ١٩٨ ص ١٨٣ - ١٥ يونيو سنة ١٩١٥ الشرائع ٢ رقم ٣٣٥ ص ٣٠٨ - ٢٦ يناير سنة ١٩١٦ الشرائع ٣ رقم ١١٣ ص ٣٧٠ - استئناف مصر ١١ ديسمبر سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ٢٦٦ ص ٢٦٦ - ١٢ ديسمبر سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ١٢٨ ص ٢٢٥ - ٢١ ديسمبر سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ١٤٢ ص ٢٣٩ - ٢٨ مارس سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٤٠٢ ص ٦٣٧ - ٧ ديسمبر سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٣٧٣ ص ٧٥٩ - ٤ أبريل سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٨٣ ص ١٩١ - استئناف مخطوط ٢٧ يناير سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ٨٠ - ٢٠ مايو سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٣٥٧ - ٢١ نوفمبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ٤٣ - ١٨ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤ ص ٣٦٢ - ٢٧ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥١٧ - ١٧ مارس سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٩٩ - ٢٣ فبراير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٩٦ - ٥ يناير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٩٢ - ٢١ نوفمبر سنة ١٩٣٥ م ٤٨ ص ٣٣ - ١٦ يوليو سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٣٢٠ - ١٠ يناير سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٦٦ .

ومع ذلك فقد كانت هناك أحكام تقضى بتقدم الربيع المستحق في ذمة الحائز بسبب التبعة بخمس سنوات : استئناف وطني ١٩ مايو سنة ١٨٩٦ القضاء ٣ ص ٣٨٦ - ٦ يولية سنة ١٨٩٩ الحقوق ١٤ ص ٤٦٣ - ١٩ يناير سنة ١٩٠٤ الاستقلال ٣ ص ٢٧ - ٢٢ ديسمبر سنة ١٩١٠ المجموعة الرسمية ١٢ رقم ٥٠ ص ٩٣ - ١٢ فبراير سنة ١٩٢٣ المحاماة ٣ رقم ٢٠٤ ص ٢٧٣ - ١٣ نوفمبر سنة ١٩٢٣ المحاماة ٤ رقم ٢٧٤ ص ٣٣٤ - ٦ مايو سنة ١٩٢٥ المحاماة ٥ رقم ٦١٤ ص ٧٤٤ - استئناف مخطوط ١٧ نوفمبر سنة ١٨٩٢ م ٥ ص ١٢ .

انظر في هذه المسألة الموجز للمؤلف بقرة ٦٠٧ ص ٦٣٢ هامش رقم ١ .

كذلك الربيع الواجب على ناظر الوقف أداؤه للمستحقين ، وهو مقدار استحقاقهم في الوقف ، لا يعتبر ديناً دورياً متجدداً ، فلا يتقادم إلا بخمس عشرة سنة . وقد تردد القضاء في هذه المسألة في عهد التقنين المدني السابق (١) ، ثم قضت محكمة استئناف مصر في دوائرها المجتمعة بأن غلة الوقف تظل ملكاً للمستحق ولا يتقادم حقه ، فإذا اختلطت بمال الناظر واستهلكها الناظر بتعديده أو بتقصيره أصبحت رأس مال واجباً في ذمته للمستحق ، ومن ثم تتقادم بخمس عشرة سنة لا بخمس سنوات (٢).

وقد أراد التذنين المدني الجديد بالنص صراحة في الفقرة الثالثة من المادة ٣٧٥ مدني على تقادم الربيع للمستحق في ذمة الجائز صبيء النية والربيع الواجب على ناظر الوقف أداؤه للمستحقين بخمس عشرة سنة لا بخمس سنوات على ما رأينا (٣) ، أن يحسم

(١) فقضت محكمة الاستئناف الوطنية في بعض أحكامها بأن نص المادة ٢١١ مدني (قديم) يقضي بصفة عامة بسقوط الحق في المطالبة بكل ما هو مستحق دفعه سنوياً بمضي خمس سنوات هلالية ، ولم يفرق بين الوقف وغير الوقف ، فإذا حكم لمستحق في الوقف باستحقاقه لحصة من الربيع ، فلا يكون له حق الرجوع على الناظر إلا ببيع السنوات الخمس السابقة لرفع الدعوى فقط (١٦) مايو سنة ١٩٠٥ المحبوعة الرسمية ٦ رقم ١١٢ ص ٢٤٤ - ٢٧ أبريل سنة ١٩٢٢ المحاماة ٢ رقم ١٦٦ ص ٤٩٤ - ٢٧ مارس سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٢٣٠ ص ٢٠٤ . وقضت في أحكام أخرى بأن ناظر الوقف هو وكيل المستحقين ، فإن قبض غلة الوقف اعتبرت أمانة تحت يده لحسابهم ، وعلى ذلك فلا يسقط حقهم في المطالبة بها إلا بعد مضي خمس عشرة سنة (١٦) أبريل سنة ١٨٩٧ للحقوق ١٣ ص ٢٢٩ - ٢٤ فبراير سنة ١٩٠٧ المحبوعة الرسمية ٨ رقم ٨٩ ص ١٩٢ - ٢٧ يناير سنة ١٩٠٨ المحبوعة الرسمية ٩ رقم ١١٢ ص ٢٦٣ - ٤ ديسمبر سنة ١٩٣٠ المحبوعة الرسمية ٣٢ رقم ٩٥ ص ٢١١) .

انظر في هذه المسألة الموجز المؤلف بقرار ٦٠٧ ص ٦٢٢ - ص ٦٣٣ - الأستاذ أحمد حشمت أبو سليم بقرار ٨٣٩ .

(٢) استئناف مصر (دوائر مجتمعة) ٣ مايو سنة ١٩٣٠ المحبوعة الرسمية ٣١ ص ٢٧٤ - المحاماة ١١ ص ٣٩ .

(٣) وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيلي في هذا الصدد : « أما ما يثبت للمستحق في الوقف من ديون في ذمة الناظر ، فقد حسم المشروع ما أثبت من الخلاف في القضاء بشأن تقادمه ، واختار ما قضت به محكمة الاستئناف الأهلية بدوائرها المجتمعة - ٣ مايو سنة ١٩٣٠ المحبوعة الرسمية ٣١ ص ٢٧٤ رقم ١٠٦ - وقد يلت هذه المحكمة قضائاً على أن غلة الوقف تظل ملكاً للمستحق ، ولا يتقادم حقه فيها ما بقيت مفرزة في يد الناظر غير مختلطة بماله ، لأن هذه اليد أمانة لا تملك . ولكن إذا كان الناظر قد استهلك هذه الغلة بتعديده -

في هاتين المسألتين خلافاً قد نشب في عهد التقنين المدني السابق وتمثل في أحكام متضاربة أصدرها القضاء في ذلك العهد (١).

٦٠٤ - (٢) **عقود الأطباء والصيادلة والمحامين والمهندسين والخبراء ووكلاء التغطية والسفارة والأساتذة والمعلمين - النصرة القانونية :**
تنص المادة ٣٧٦ من التقنين المدني على ما يأتي :

« تتقدم بخمس سنوات حقوق الأطباء والصيادلة والمحامين والمهندسين والخبراء ووكلاء التغطية والسفارة والأساتذة والمعلمين ، على أن تكون هذه الحقوق واجبة لم جزء مما أدوه من عمل من أعمال مهنتهم وما تكبدوه من مصروفات (٢) ».

— أو بتعويضه ، أصبح مسئولاً من قبله قبل المستحق ، وكان هذا أن يطالب بمحقه باختياره ديناً لا يتقدم إلا بانقضاء خمس عشرة سنة . وقد تقدم أن المفروض أجاز تقدم الدينون المترتبة على الفعل غير المشروع بانقضاء ثلاث سنوات في بعض الصور ، وبانقضاء خمس عشرة سنة في صور أخرى . بيد أنه رأى استبعاد التقدم الثلاث في هذه الحالة ، حتى لا يتقدم دين المستحق في الوقت بمدة أقل من مدد تقدم الدينون الدورية المتجددة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٠٥ - ٣٠٦) .

(١) انظر ما جاء في تقرير لجنة مجلس الشيوخ ، وقد سبق ذكره عند إيراد تاريخ نص المادة ٣٧٥ (انظر آنفاً فقرة ٥٩٩ في الماشي) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٠٥/١ من المشروع المتهيد على الوجه الآتي :

« ١ - تتقدم بسنة واحدة الحقوق الآتية : (١) حقوق الأطباء والصيادلة والمحامين والمهندسين والخبراء ووكلاء التغطية والسفارة والأساتذة والمعلمين ، وبوجه عام حق كل من يزاول مهنة حرة ، على أن تكون هذه الحقوق واجبة لم جزء مما أدوه من عمل وما تكبدوه من مصروفات » . وفي لجنة المراجعة أفرد هذا النص بمادة مستقلة هي المادة ٣٨٩ من المشروع النهائي ، ورفضت مدة التقدم إلى خمس سنوات بدلاً من سنة واحدة . ووافق عليها مجلس النواب . وفي لجنة مجلس الشيوخ حلفت عبارة « وبوجه عام حق كل من يزاول مهنة حرة » ، وبوجه في تقرير اللجنة في خصوص هذا الخلاف ما يأتي : حلفت من هذه المادة عبارة « وبوجه عام حق كل من يزاول مهنة حرة » ، وبهذا أصبح النص قاصراً على من ذكروا فيه . وقد رأت اللجنة أن في العبارة المخلوقة توسعاً يجعل الحكم غير متعبد ، وبحسن في مدد التقدم الخاصة أن تمنح الحقوق التي تتقدم بانقضاء هذه المدد تعيناً ثانياً للشبهة . وأضافت اللجنة بعد كلمة « عمل » عبارة « من أعمال مهنتهم » ، زيادة في البيان المقصود . وأصبحت المادة رقمها ٣٧٦ . ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣١٠ - ص ٣١٣) .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ٢٧٣/٢٠٩ (١) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٣٧٣ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٣٦٣ - وفي التقنين المدني العراقي المادة ٤٣١ - وفي تقنين الموجبات والعقود البنائي المواد ٣٥١ - ٣٥٢ (٢) .

(١) التقنين المدني السابق م ٢٧٣/٢٠٩ : المبالغ المستحقة للأطباء وللأفوكاتية والمهندسين أجرة سميح ، وللباعة أثمان المبيعات لغير التجار مطلقاً ولم فيما عدا ما يتعلق بتجارهم ، ولؤدوي الأطفال والمعلمين حل تلاميذهم ، والخمسة مائة لم ، زول بغنى لثلاثة وستين يوماً ، ولو استعقت ديون جديدة من قبيل ما ذكر في ظرف الثلاثة والستين يوماً المذكورة . (وهذه الأحكام تختلف من أحكام التقنين الجديد فيما يأتي : (١) انقصر التقنين السابق حل ذكر الأطباء والمحامين والمهندسين ومؤدوي الأطفال والمعلمين من أصحاب المهن الحرة . أما التقنين الجديد فقد زاد حل هؤلاء الصيادلة والمحامين ووكلاء التغطية والسامرة والأساتذة . (٢) جعل التقنين السابق مدة التقادم لثلاثة وستين يوماً . أما التقنين الجديد فجعله خمس سنوات . وسنرى كيف يرسى بالنسبة إلى الزمان أحكام التقنين الجديد فيما خالف أحكام التقنين السابق عند شرح النص) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٣٧٣ (مطابقة لمادة ٣٧٦ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني الليبي م ٣٦٣ (مطابقة لمادة ٣٧٦ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٤٣١ : ١ - لا تسع الدعوى حل المنكر بعد تركها من غير حل

شرعي سنة واحدة في الحقوق الآتية : (١) حقوق الأطباء والصيادلة والمحامين والأساتذة والمعلمين والمهندسين والمحامين ووكلاء التغطية والسامرة ، وبوجه عام كل من يزاول مهنة حرة ، حل أن تكون هذه الحقوق واجبة لم جزء مما أدوه من حل وما تكبده من مصروفات .

٢ - ولا تسع الدعوى في هذه الحقوق حتى لو بى الدائنون مستمرين فيما يقومون به من خدمات أو أعمال أو أطفال أو توريدات .

٣ - ويجب حل من يتسلك بعلم سماح الدعوى . رور سنة واحدة أن يحلف مينا توجيهها المحكمة من تلقاء نفسها حل أن ذمته غير مشغولة بالدين . وتوجه المدين إلى ورقة المدينين أو أوليائهم ، إن كانوا محجورين ، بأنهم لا يطمون بوجود الدين .

٤ - لكن إذا حرر سند يثق من هذه الحقوق ، فلا يتقدم الحق إلا بانقضاء خمس عشرة سنة . (وأحكام التقنين العراقي تتفق مع أحكام التقنين المصري ، إلا فيما يأتي : (١) عدم جواز سماح الدعوى في التقنين العراقي بدلا من موقوف الحق . (٢) مدة التقادم في التقنين العراقي سنة واحدة كما كان الأمر في المشروع القمهي للتقنين المصري ، وذلك بدلا من خمس سنوات في التقنين المصري (٣) عم التقنين العراقي النص فجعله يشمل كل من يزاول مهنة حرة ، كما كان الأمر في المشروع -

٦٠٥ - الدبرود المستحقة لطائفة من أصحاب المهن المرة تتقدم

بـ خمس سنوات : وزى مما تقدم أن هناك طائفة من أصحاب المهن المرة - هم البارزون فى أصحاب هذه المهن - رأى المشرع أن تتقدم الحقوق المستحقة لهم بسبب مهنهم بـ مدة أقصر من خمس عشرة سنة ، فجعل مدة التقدم فيها

= انتهى لثقتين المصرى . (٤) أوجب لثقتين العراق عل المدين أن يحلف بميثا حل أن ذمته غير مشغولة بالدين ، كما كان الأمر فى المشرع انتهى لثقتين المصرى . أما أن التقدم يصرى حتى لو بقى الدائن مستمراً فيما يقوم به ، وأما أن تحرر سنة بالدين يجعل مدة التقدم خمس عشرة سنة ، فالحكم فيها واحد فى لثقتين العراق والمصرى : انظر فى لثقتين المصرى المادة ٣٧٩ وسياق ذكرها - وانظر الأستاذ حسن الدنون فى أحكام الالتزام فى القانون الملى العراق فقرة ٣٨٦ - ومقالا فى التقدم المسقط فى القانون الملى العراق للأستاذ ضياء شيت خطاب فى مجلة القضاء ببغداد السنة الخامسة عشرة ص ٥٣ - ص ٥٥ .

لثقتين الموجبات والعقود البنائى م ٣٥١ : يسقط بحكم مرور الزمن بعد سنتين : ...

(٣) حق دعوى المطين والأساتذة وأرباب معاهد التصليم الداخلية العامة والخاصة فيما يتعلق بالمرتبات المستحقة لهم من قبل تلاميذهم وبالأوقاف التى قاست هؤلاء التلاميذ . وتبتئى مدة مرور الزمن منذ حلول الأجل المعين لاستحقاق المرتبات ...

م ٣٥٢ : يسقط أيضاً بمرور الزمن بعد سنتين : (١) حق دعوى الأطباء والجراحين والمولدين وأطباء الأسنان والأطباء البيطريين من أجل عياداتهم والعمليات التى أجروها والقرارات والمسلقات التى قدموها ، وتبتئى مدة مرور الزمن من تاريخ التيادة أو العملية الأخيرة .

(٢) حق دعوى الصيادلة من أجل الأدوية التى قدموها ، وتبتئى مدة مرور الزمن من تاريخ تقديمها . (٣) حق دعوى المحامين ووكلاء النحاوى من أجل أجورهم وسلفاتهم . وتبتئى المدة المشار إليها منذ صدور الحكم لثتائى أو من تاريخ عزلهم من الوكالة . (٤) حق دعوى مهنتس البناء والمساحة وسائر المهنتسين والخبراء من أجل الخطط التى يرسمونها أو الأعمال التى يجرؤونها أو المسلفات التى يقدمونها ، وتبتئى المدة من تاريخ تسليم الخطط أو إتمام الأعمال أو أداء المسلفات . (٥) حق دعوى الوسطاء فيما يخص بأداء بدل السمرة ، وتبتئى المدة من تاريخ إتمام الاتفاق .

م ٣٥٣ : فى الأحوال المعينة فى المادتين ٣٥١ و ٣٥٢ يجرى حكم مرور الزمن ولو تواصل تقديم القرارت أو التسليم أو الخدمة أو العمل .

(وأحكام لثقتين البنائى تتفق مع أحكام لثقتين المصرى ، إلا فيما يأتى : (١) التقدم فى لثقتين البنائى سنتان بدلا من خمس سنوات فى لثقتين المصرى . (٢) لم يذكر فى لثقتين البنائى ، كما ذكر فى لثقتين المصرى : وكلاء التغليف . (٣) أفاض لثقتين البنائى فى بعض التصيلات التى أغفلها لثقتين المصرى مقصراً فيها عل تطبيق القواعد العامة) .

خمس سنوات فقط ، وذلك لسببين : (أولاً) أن العادة قد جرت بأن هؤلاء الدائنين يتقاضون حقوقهم عقب انتهاء خدماتهم ، ولا يسكتون طويلاً عن المطالبة بأجورهم لأنها مصدر معاشهم . فإذا مضى على استحقاقهم هذه الحقوق خمس سنوات ولم يطالبوا بها ، فالغالب أن ذلك يرجع إلى أنهم استوفوا هذه الحقوق ، وقل أن يحفظ المدينون بمخالصات عن ديون مضى على استحقاقها أكثر من خمس سنوات . (ثانياً) وحتى لو ثبت أن هؤلاء الدائنين لم يستوفوا حقوقهم التي مضى على استحقاقها أكثر من خمس سنوات ، فمن الإرهاق لمدينهم أن يجبروا على دفع ديون مضت عليها هذه المدة وأهل أصحابها في المطالبة بها . ويترتب على ذلك أنه يكفي أن يتمسك المدين بالتقادم حتى ينقضى الدين ، ولا يصح أن توجه إليه يمين أن ذمته لم تعد مشغولة بالدين كما يصح ذلك في الديون التي تتقادم بسنة واحدة على ما سنرى .

وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدني الجديد يشتمل على عبارة عامة تتناول جميع من يزاول المهن الحرة ، ولكن هذه العبارة حذفت في لجنة مجلس الشيوخ ، لأن فيها « توسعاً يجعل الحكم غير منضبط ، وبحسن في مدد التقادم الخاصة أن تعين الحقوق التي تتقادم بانقضاء هذه المدة تمييزاً نافياً للشبهة (١) » . ومن ثم أصبح النص مقصوراً على من يأتي من بين أصحاب المهن الحرة (٢) .

١ - **الأطباء** : ويشمل هذا اللفظ كل طبيب ، سواء كان متخصصاً أو غير متخصص ، وينخل الجراحون والمولدون وأطباء الأسنان والبياطرة (٣) . ولكن لا ينخل من ليس بطبيب وإن كان يباشر العلاج أو يساعد فيه ،

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ من ٣١٣ - وانظر تاريخ نص المادة ٣٧٦ مدني آنفاً فقرة ٦٠٤ في الحاشي .

(٢) أما غيرم فيرجع فيه إلى الأصل وتكون مدة التقادم خمس عشرة سنة . ومن ثم فقد المؤلف قبل التاخر لا يتقادم إلا بخمس عشرة سنة (الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ٣٠٥ من ٣٨٢) . وحق المحاسب في أتماب عمله ، وحق صاحب الجريدة في ثمن الإعلان في جريدته ، وحق المصور والفنان بوجه عام في الأجر على عمل معين من أعمال الفن ، كل هذه حقوق تتقادم بخمس عشرة سنة .

(٣) انظر المادة ٣٠٢ من تقنين الموجبات وال عقود البناني (آنفاً فقرة ٦٠٤ في الحاشي) .

فلا يدخل الأطباء النفسانيون ولا الممرضون (المرجعية) ولا المولدات غير الطبيبات ولا المدرسون على الألعاب الرياضية لأغراض صحية. والديون المستحقة للأطباء التي تتقادم بخمس سنوات هي الأجر الذي يستحقونها على علاج مرضاهم، وما عسى أن يكونوا قد تكبدوه من مصروفات أثناء العلاج كمصروفات الانتقال والتحليلات وإقامة المريض ليكون تحت ملاحظة الطبيب. وإذا اقتضى العلاج في المرض الواحد زيارات عدة، يحسب الأجر عن مجموع هذه الزيارات كأنه دين واحد، ولا يبدأ سريان التقادم إلا عند انتهاء آخر زيارة، حتى لو طال المرض (١)، وهذا ما لم يكن العلاج على فترات منفصلة فيحسب أجر عن زيارات كل فترة من هذه الفترات (٢). فإذا استحق دين لطبيب على هذا النحو، ولم يطالب به مدة تزيد على خمس سنوات، فإن الدين ينقضي بالتقادم، حتى لو كان الطبيب مستمراً في علاج نفس المريض ولكن في مرض آخر غير المرض الذي استحق من أجله الدين المتقادم (انظر ١/٣٧٩ منقذ وسيأتي ذكرها). وإذا حرر المدين للطبيب سنداً مكتوباً بالدين، انقطعت مدة التقادم بهذا السند المكتوب (٣)، وبدأت مدة تقادم جديدة مقدارها

(١) وقد قضت محكمة أسهوط بأن مبدأ التقادم لا يسرى بالنسبة إلى أتعاب الطبيب، حتى في حالة الأمراض المزمنة، إلا من تاريخ شفاء المريض أو وفاته أو انقطاع علاجه لسبب آخر (٣١ يناير سنة ١٩٣٤ المحللة ١٤ رقم ٣٢٥ ص ٦٣٤).

(٢) بلانيول وروبير وردوان ٧ فقرة ١٣٥٦ ص ٧٧٠ - ص ٧٧١ — وإذا عالج الطبيب مريضين في أسرة واحدة وفي وقت واحد، ترتب له دينان مستقلان أحدهما عن الآخر، وقد يخلف مبدأ سريان التقادم في كل منهما، وقد يتقادم أحدهما دون الآخر. وقد جاء في المذكرة الإيضاحية المشروح التمهيد في هذا الصدد: « فإذا قام طبيب بعلاج مريضين في أسرة واحدة على التوالي، ترتب له دينان قائمان بذاتهما. ولكن تكرار المعالجة لأحد المريضين يعتبر كلاً لا يجزأ، ولا يصبح الدين الواجب بسببه مستحق الأداء إلا بعد انتهاء هذه المعالجة » (مجموعة الأعمال التوضيحية ٣ ص ٣١٨ — ص ٣١٩).

(٣) وإذا حرر المدين السند بعد انتهاء مدة التقادم، أمكن تفسير ذلك على أنه نزول منه عن مدة التقادم بعد أن تمت، وبدأت مدة تقادم جديدة مقدارها خمس عشرة سنة. وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن كتابة المدين للسند يقطع التقادم إذا كان لا يزال سارياً، ويعتبر أنه تنازل عنه إذا كان قد تم، وفي الحالتين تكون المدة الجديدة التي تسرى هي خمس عشرة سنة (١١ يناير سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٨٤).

خمس عشرة سنة مع وقت استحقاق الدين المودن فى السند (انظر ٢/٣٧٩ وسياقى ذكرها) .

٢ - الصيالة : وأغلب ما تكون حقوقهم التى تتقدم بخمس سنوات هى أثمان الأودية والعقار التى يبيعونها لعمالهم ، وكل صفقة تعتبر قائمة بلسانها ، والدين الناشء عنها يكون مستحق الأداء ويسرى عليه التقدم الخمسى منذ تمام الصفقة ، حتى لو استمر الصبلى بعد ذلك يقدم أودية أخرى (م ١/٣٧٩ مدنى) . وقد يقوم الصبلى بمخدمات ويتكبد مصروفات ، فهذه وتلك تعتبر ديوناً يسرى عليها التقدم الخمسى منذ استحقاقها . فإذا لم يطالب الصبلى العميل بما يستحقه من دين فى ذمته على النحو المتقدم الذكر ، وانقضى على استحقاق الدين أكثر من خمس سنوات ، فإنه ينقضى بالتقدم . وإذا حور العميل للصبلى سنداً بالدين ، فإن التقدم ينقطع ، ويحل محله تقدم جديد مدته خمس عشرة سنة (م ٢/٣٧٩ مدنى) .

٣ - المحاصرو : وهؤلاء يستحقون أتعابهم عند موكلهم ، سواء ما اتفق عليه بينهم أو ما قدر بمعرفة المحكمة (١) ، فتقدم هذه الأتعاب بخمس سنوات من وقت استحقاقها . وتستحق الأتعاب بالنسبة إلى المعجل منها من وقت الاتفاق ، وبالنسبة إلى المؤجل من وقت صدور الحكم ، أو من وقت انقضاء الوكالة ولو عزل الوكيل (٢) . وقد يستحق للمحامى فى ذمة موكله مصروفات ورسم قضائية

(١) أما ما تقدمه المحكمة كأتعاب محاماة الخصم الذى كسب الدعوى ، وهو تمويل له من المصروفات التى تكبدها فى تعيين محام عنه ، فلا تسقط إلا بخمس عشرة سنة (صنبور ٧ أكتوبر سنة ١٩٢٥ المجموعة الرسمية ٢٧ ص ٣٦ - الموجز للمؤلف فقرة ٦٠٩ ص ٦٣٨ هادش رقم ٢) .

(٢) انظر المادة ٣٠٢ من تقنين الموجبات والعقود البناني (آنفاً فقرة ٦٠٤ فى الهامش) - وقد قضت محكمة الإسكندرية الوطنية بأن سريان التقدم لا يبدأ إلا من وقت انقضاء التوكيل ، وقالت فى أسباب حكمها أن الهامى وكيل ، والتقدم فى الوكالة لا يبدأ إلا من تاريخ انقضاء التوكيل ، ولذا وكل محام لمباشرة نزاع معين يجب احبار كل ما يتعلق بهذا النزاع من إجراءات وما يرتبط به من قضايا متعددة كالا لا يقبل التجزئة ، وحساب مدة التقدم ابتداء من انقضاء =

لديها عنه ويرجع عليه بها ، فهذه أيضاً ديون تتقدم بخمس سنوات من وقت انقضاء التوكيل . فإذا لم يطالب المحامي موكله بهذه الديون ، وانقضى على استحقاقها خمس سنوات ، فإنها تسقط بالتقدم ، حتى لو استمر المحامي يباشر قضايا أخرى لموكله غير القضية التي نشأ بسببها الديون المتقدمة (١/٣٧٩ مدني) . أما إذا حرر الموكل للمحامي سنداً بهذه الديون ، فإن التقدم ينقطع ، ويبدأ تقدم جديد مدته خمس عشرة سنة (م ٢/٣٧٩ مدني) .

٤ - **المهندسون** : ويستحقون أجورهم عند عملهم من أجل التصميمات التي يقومون بها ومن أجل الإشراف على تنفيذ التصميمات ، وقد يتكبدون مصروفات ويدفعون لحساب العميل مبالغ لتنفيذ الأعمال المعهود بها إليهم . فكل هذه ديون في ذمة العميل تتقدم بخمس سنوات من وقت استحقاقها ، حتى لو بقي المهندس قائماً بأعمال أخرى للعميل (م ١/٣٧٩ مدني) . فإذا حرر العميل للمهندس سنداً بالدين ، انقطع التقدم ، وبدأ تقدم جديد مدته خمس عشرة سنة (م ٢/٣٧٩ مدني) .

٥ - **القراء وكلاء التفليسة والسمسارة** : والخير يستحق عند العميل أتعاب خبرته ، وقد يتكبد مصروفات لحساب العميل أثناء القيام بأعمال الخبرة . ووكيل التفليسة (السنديك) يستحق أتعابه من مال التفليسة ، وقد يتكبد هو أيضاً مصروفات لحسابها . والسمسار يستحق عند العميل السمسرة المتفق عليها أو المقضى بها ، وقد يتكبد مصروفات لحساب العميل . فكل هذه ديون تتقدم بخمس سنوات من وقت استحقاقها (٣) ، ولو بقي الخير أو وكيل التفليسة أو

- التوكيل بالنسبة إلى هذا النزاع المعلن ، أي بإتمام العمل أو الإزالة أو الاستقالة أو الوفاة (١٨) يونيو سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ ص ٩٥ - وانظر الموجز للمؤلف لقررة ٦٠٩ ص ٦٣٨ هامش رقم ٢) .

وقد قضت المادة ٥٠ من قانون المحاماة رقم ٩٨ لسنة ١٩٤٤ بأن حق المحامي في مطالبة موكله ، عند علم وجود سند بالأتعاب ، يتقدم بمضي خمس سنوات ميلادية .

(٣) وكان التفتين المدعى القديم لا يذكر الخبراء ولا وكلاء التفليسة ولا السمسرة ، فكانت أتعابهم لا تسقط إلا بخمس عشرة سنة (الأريكية ١٩ نوفمبر سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٣ رقم ١٦١ ص ٣٤٥) .

السمسار يقوم بأعمال أخرى غير التي استحق من أجلها الأجر المتقادم (م ١/٣٧٩ مدني) . فإذا حرر المدين سنداً بالدين ، انقطع التقادم ، وبدأ تقادم جديد مدته خمس عشرة سنة (م ٢/٣٧٩ مدني) .

٦ - الأساتذة والعلموه : وهؤلاء قد يستحقون أجراً على التدريس للطلبة أو للتلاميذ ، كالأجور الدراسية في المدارس الحرة وأجور الدروس الخاصة . ويدخل أيضاً ضمن الديون التي يستحقونها ثمن الأدوات والكتب التي يعطونها للطلبة أو للتلاميذ ، و ثمن الأغذية التي تقدم لهؤلاء ، وما إلى ذلك . فهذه كلها ديون تتقادم بخمس سنوات من وقت استحقاقها ، ولو بقي الأستاذ أو المعلم مستمراً في القيام بخدمات أخرى غير التي استحق من أجلها الأجر المتقادم (م ١/٣٧٩ مدني) . فإذا ما حرر المدين سنداً بالدين ، انقطع التقادم ، وبدأ تقادم جديد مدته خمس عشرة سنة (م ٢/٣٧٩ مدني) .

٦٠٦ - سريانه التقنين المبرني الجريد : ويلاحظ أن التقنين المدني الجديد قد استحدث تعديلات في التقنين المدني السابق في خصوص هذه المسائل تتلخص فيما يأتي :

١ - زاد التقنين المدني الجديد في أصحاب المهن الحرة الصيادلة والخبراء ووكلاء التفليسة والسامسة والأساتذة فهؤلاء كانت ديونهم ، في عهد التقنين المدني السابق ، تتقادم بخمس عشرة سنة ، فأصبحت الآن تتقادم بخمس سنوات ، أي بمدة أقصر . وتنص المادة ٨ من التقنين المدني الجديد على أنه ١ - إذا قرر النص الجديد مدة للتقادم أقصر مما قرره النص القديم ، سرت المدة الجديدة من وقت العمل بالنص الجديد ، ولو كانت المدة القديمة قد بدأت قبل ذلك . ٢ - أما إذا كان الباقي من المدة التي نص عليها القانون القديم أقصر من المدة التي قررها النص الجديد ، فإن التقادم يتم بانقضاء هذا الباقي . ويخلص من ذلك أن ديون الصيادلة والخبراء ووكلاء التفليسة والسامسة والأساتذة إذا كانت قد تقادمت في عهد التقنين المدني السابق بانقضاء خمس عشرة سنة ، فقد انقضت . أما إذا كان التقادم قد بدأ يسرى في حقها ولم يتم قبل العمل بالتقنين المدني الجديد ، فإذا كان الباقي من الخمس عشرة سنة

خمس سنوات أو أكثر ، مرسى التقادم الخمسى من وقت العمل بالتقنين الجديد .
أما إن كان الباقي من مدة التقادم القديم أقل من خمس سنوات ، فإن هذا الباقي هو الذى تتقادم به هذه الديون .

٢ - جعل التقنين المبنى الجديد ، فيما يتعلق بديون الأطباء والمحامين والمهندسين والمعلمين ، مدة التقادم خمس سنوات ، بعد أن كانت فى التقنين المبنى السابق ثلثائة وستين يوماً توجه بعد انقضاءها المدين إلى المدين . فمدة التقادم هنا أطول مما كانت ، ولم يعد القانون يسمح بتوجيه المدين إلى المدين . فإذا كان دين من هذه الديون قد انقضت بالنسبة إليه مدة التقادم القديمة — ثلثائة وستون يوماً — قبل نفاذ التقنين المبنى الجديد ، فقد انقضى الدين بالتقادم ، ولم يبق إلا توجيه المدين للمدين عملاً بأحكام التقنين المبنى السابق . أما إذا كانت هذه المدة القديمة لم تنقضى قبل نفاذ التقنين المبنى الجديد ، فبنفاذ هذا التقنين تطول مدة التقادم إلى خمس سنوات تبدأ من وقت أن سرت فى عهد التقنين المبنى السابق . فإذا كان قد مضى على استحقاق الدين نصف سنة مثلاً وقت نفاذ التقنين المبنى الجديد ، فإن مدة التقادم تطول أربع سنوات ونصفاً أخرى غير نصف السنة التى انقضت . ومتى يتم التقادم على هذا النحو ينقضى الدين ، ولا يجوز عندئذ توجيه المدين للمدين وفقاً لأحكام التقنين المبنى الجديد .

٦٠٧ - (٣) حقوق التجار والصناع والعمال والفحوص والإجراء -

النصوص القانونية : وقد قلّمنا هذه الحقوق على ما قبلها من الحقوق المذكورة فى المادة ٣٧٧ مبنى (الضرائب والرسوم المستحقة للدولة) حتى تعقب حقوق أصحاب المهن الحرة ، فقد كانت هذه الحقوق جميعاً تتقادم بمدة سنة واحدة فى المشروع التمهيدى ، وفصل ما بينها التقنين المبنى الجديد فى صورته الأخيرة . وبقيت أحكام مشتركة ما بين هذين النوعين من الحقوق هى المذكورة فى المادة ٣٧٩ مبنى ، فنورد هنا نص المادتين ٢٧٨ و ٣٧٩ :

تنص المادة ٣٧٨ من التقنين المبنى على ما يأتى :

١ - تتقادم بسنة واحدة الحقوق الآتية : »

(١) - حقوق التجار والصناع عن أشياء وردوها لأشخاص لا يتجرّون

في هذه الأشياء ، وحقوق أصحاب الفنادق والمطاعم عن أجر الإقامة وثمان الطعام وكل ما صرفوه لحساب عملائهم .

« (ب) حقوق العمال والحلم والأجراء من أجور يومية وغير يومية ، ومن ثمن ما قاموا به من توريدات .

٢ - ويجب على من يتمسك بأن الحق قد تقادم بسنة أن يحلف اليمين على أنه أدى الدين فعلاً ، وهذه اليمين يوجهها القاضى من تلقاء نفسه ، وتوجه إلى ورثة المدين ، أو أوصيائهم إن كانوا قسراً ، بأنهم لا يعلمون بوجود الدين أو يعلمون بمصوّل الوفاء .

وتنص المادة ٣٧٩ على ما يأتى :

١ - يبدأ سريان التقادم ، فى الحقوق المذكورة فى المادتين ٣٧٦ و ٣٧٨ ، من الوقت الذى يتم فيه الدائنون تقديماتهم ، ولو استمروا يؤدون تقديمات أخرى .

٢ - وإذا حرر سند بحق من هذه الحقوق ، فلا يتقادم الحق الا باقتضاء خمس عشرة سنة (١) .

(١) تاريخ النصوص :

م ٣٧٨ : ورد هذا النص فى المادة ١٥١٥/١ والمادة ١٦٦ من المشروع التمهيدى حل وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدق الجديد ، مع احتمال النص على مادتين منفصلتين إحداهما عن الأخرى ، ومع خلاف فى نص الفقرة الثانية من المادة ١٦٦ من المشروع التمهيدى وكانت تجرى على الوجه الآتى : « وتوجه اليمين إلى من بقى حياً من الزوجين ، وإلى ورثة المدين وأوصيائهم إن كانوا قسراً ، بأنهم لا يعلمون بوجود الدين . وفى لجنة المراجعة أدمجت المادتان فى مادة واحدة للارتباط ما بين الأحكام ، وحلت عبارة « إلى من بقى حياً من الزوجين » لأنه داخل فى مداد الورثة ، وأصبحت المادة رقمها ٣٩١ فى المشروع التهاى . ووافق عليها مجلس النواب . وفى لجنة مجلس الشيوخ أضيفت عبارة « أو يعلمون بمصوّل الوفاء » فى نهاية الفقرة الثانية ، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدق الجديد . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته لجنته تحت رقم ٣٧٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣١٧ - ص ٣٢٠) .

م ٣٧٩ : ورد هذا النص فى المادة ١٥١٥/٢ من المشروع التمهيدى حل الوجه الآتى : « وتتقادم هذه الحقوق ، حتى ولو بقى الدائنون مستمرين فيها يقومون به من خصمات أو أعمال أو أشتال أو توريدات . وفى لجنة المراجعة عدل النص وأضيفت إليه فقرة ثانية ، فأصبح -

وتقابل هذه النصوص في التقنين المدنى السابق المواد ٢٧٣/٢٠٩ و ٢٧٦/٢١٢ و ٢٧٧/٢١٣ (١).

وتقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى: في التقنين المدنى السوري المادتين ٣٧٥ - ٣٧٦ - وفي التقنين المدنى الليبي المادتين ٣٦٥ - ٣٦٦ - وفي التقنين المدنى العراقى المادة ٤٣١ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادتين ٣٥١ و ٣٥٣ (٢).

= مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدنى الجديد، وأصبحت المادة رقمها ٣٩٢ في المشروع النهائى .
وروافق عليها مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٣٧٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٢١ - ص ٣٢٢) .

(١) التقنين المدنى السابق م ٢٧٣/٢٠٩ : المبالغ المسحقة .. لباعة أثمان المبيعات لغير التجار مطلقاً ولم فيما عدا ما يتعلق بتجارهم .. والخدمة ما هية لم ، تزول بمعنى ثلثائة وستين يوماً ، ولو استحققت ديون جديدة من قبيل ما ذكر في طرف الثلثائة والستين يوماً المذكورة .

م ٢٧٦/٢١٢ : في حالة ما إذا كانت المدة المقررة لسقوط الحقوق لثلثائة وستين يوماً فأقل ، لا تبرأ ذمة من يدعى بالتخلص بمعنى المدة إلا بعد حلفه الجمين على أنه أذى حقيقة ما كان في ذمته . . .

م ٢٧٧/٢١٣ : وأما الأراامل والورثة والأوصياء فيتخلصون بمبلغهم أنهم لا يدلون أن المدعى به مستحق .

(وتختلف أحكام التقنين المدنى السابق من أحكام التقنين المدنى الجديد فيما يأتى : ١ - مدة التقادم في التقنين المدنى السابق لثلثائة وستون يوماً ، وليست ستة كما هي في التقنين المدنى الجديد .
٢ - لم ينص التقنين المدنى السابق على البهال والأجراء ، واكتفى بذكر الخدم . كما أنه لم ينص على أصحاب الفنادق والمطاعم ٣ - لم ينص التقنين المدنى السابق على انقطاع التقادم ، بتحرير سند بالدين ، وبمدة تقادم جليله مدته خمس عشرة سنة) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدنى السوري م ٣٧٥-٣٧٦ (مطابقتان المادتين ٣٧٨-٣٧٩ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى الليبي م ٣٦٥ - ٣٦٦ (مطابقتان المادتين ٣٧٨ - ٣٧٩ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى العراقى م ٤٣١ : ١ - لا تسع الدعوى على المنكر بعد تركها ، من غير حذر شرعى ، ستة واحدة في الحقوق الآتية : (أ) (ب) حقوق التجار والصناع عن أشياء ورودها لأشخاص لا يتجرون في هذه الأشياء : وحقوق أصحاب الفنادق والمطاعم عن أجرة الإقامة وثمان الطعام وكل ما صرفوه . لحساب عملائهم . (ج) - حقوق العملة والخدم والأجراء من أجور يومية وغير يومية ومن ثمن ما قاموا به من توريدات .
م ٦٦ - الوسيط)

٦٠٨ - التقادم في هذه الحقوق يقرر على قرينة الوفاء : وبغض من النصوص المتقدم ذكرها أن حقوق التجار والصناع وأصحاب الفنادق

٢ - ولا تسع الدعوى في هذه الحقوق حتى لو بقي الدائنون مستمرين فيما يقومون به من خدمات أو أعمال أو أشغال أو توريدات .

٣ - ويجب حل من يتسلك بعدم سماع الدعوى ، بمرور سنة واحدة ، أن يختلف فيما ، توجهها المحكمة من تلقاء نفسها ، حل أن خصة غير مشغولة بالدين . وتوجه التبين إلى ورقة المدينين ، أو أولياهم إن كانوا محجورين ، بأنهم لا يملكون بوجود الدين .

٤ - ولكن إذا حررت بحق من هذه الحقوق ، فلا يتقدم الحق إلا بالقضاء خمس عشرة سنة . (وأحكام التقنين العراقي تنطق مع أحكام التقنين المصري ، فيما عدا أن التقنين العراقي يقرر عدم جواز سماع الدعوى بدلا من سقوط الحق — انظر الأستاذ حسن اللقون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي ققرة ٣٨٧ - ققرة ٣٨٨ - وانظر مقالا في التقادم المسقط في القانون المدني العراقي للأستاذ غياث شيت خطاب منشورا في مجلة القضاء بهنداد السنة الخامسة عشرة ص ٥٥ - ص ٥٨) .

تقنين الموجبات والعقود البنائي م ٣٥١ : يسقط بحكم مرور الزمن بعد سنتين : ١ - حق دعوى الباعة وملأى تقديم البضائع وأصحاب المعامل فيما يختص بالأشياء التي يقدمونها . ٢ - حق دعوى المزارعين ومتجى المواد الأولية فيما يختص بالأشياء التي يقدمونها إذا اتصلت في حاجات المدينون البيعية . وتبتدىء مدة مرور الزمن من يوم تقديم هذه الأشياء . . . ٤ - حق دعوى الخدام المختصة بما لهم من الأجور والسلفات وسائر الموجبات المستحقة لهم ، بمقتضى عقد الاستخدام ، وكذلك حق السيد حل عذابه فيما يختص بالمال المسلف لهم بمسقة كونهم عذما . ٥ - حق دعوى المالك والمندرجين فيما يختص بأجورهم ولوازمهم ويوسمهم والمال الذي أسلفوه من أجل خدمتهم ، وكذلك حق دعوى المستخدم أو رب العمل فيما يختص بالمال المسلف لعماله بمسقة كونهم عمالا . ٦ - حق دعوى أصحاب الفنادق والمطاعم فيما يختص بتقديم السكن والطعام لعمالهم وبالمال المسلف لهم . ٧ - حق دعوى مؤجرى الأثاث والأشياء المنقولة من أجل بدل إيجارها . ٩ - حق دعوى العملة الأجورين فيما يختص بالتوصيفات التي يمكنهم أن يطلبوا بها حسب المادتين ٦٥٢ و ٦٥٦ من القانون المذكور .

م ٣٥٣ : في الأحوال المعينة في المادتين ٣٥١ و ٣٥٢ يجرى حكم مرور الزمن وإن تواصل تقديم الغرازم أو التسليم أو الخدمة أو العمل .

(وتختلف أحكام التقنين البنائي عن أحكام التقنين المصري فيما يأتي : (١) مدة التقادم في التقنين البنائي سنتان لا سنة واحدة . (٢) يشمل نص التقنين البنائي حقوق المزارعين ومتجى المواد الأولية ، وحق السيد حل الخدم في القروض التي يقدمها لهم بإحتبارهم عذما ، وحق رب العمل في القروض التي يقدمها لعماله ، وحق مؤجرى الأثاث والأشياء المنقولة ، وحق العملة فيما يختص بتوصيفاتهم ، ولم ينص التقنين المصري على شيء من ذلك . (٣) لم ينص التقنين البنائي على أن تحرير سند بالدين يقطع التقادم ويجرى تقادما جديدا مدة خمس عشرة سنة ، كما فعل التقنين المصري) .

والمطاعم والعمال والخدم والأجراء تتقدم كلها بسنة واحدة ، وهى مدة قصيرة لأن للأئوف فى التعامل أن هؤلاء الدائنين يتقاضون حقوقهم فور استحقاقها ، وإذا أمهلوا المدين فلا يمهلونه أكثر من عام ، لأن هذه الحقوق هى مورد عيشهم . فاذا مضت سنة ميلادية كاملة دون أن يطالبوا بها ، فرض القانون أنهم استوفوها فعلا ، ولا يطالب المدينين بتقديم ما يثبت براءة ذمتهم ، بل يجعل هذه الحقوق تنقضى بالتقادم .

ولكن لما كان القانون يفرض هنا - نظراً لقصر مدة التقادم - أن المدين قد وفى الحق فى خلال سنة من وقت استحقاقه ، فقد جعل هذه القرينة قابلة لإثبات العكس ولكن بطريق واحد هو توجيه القاضى اليمين ، من تلقاء نفسه ، إلى المدين ، فيحلف على أنه أدى الدين فعلا . فاذا حلف فقد سقط الدين بالتقادم ، ولا يسمح للدائن ، ولو قبل حلف اليمين ، أن يثبت أن المدين لم يدفع الدين . والطريق الوحيد لإثبات ذلك هو أن ينكل المدين عن الحلف عند توجيه القاضى اليمين له على النحو الذى قدمناه . فان نكل المدين ، ثبت الدين فى ذمته ، ووجب عليه وفاؤه . ولا يتقدم الدين بعد ذلك إلا بخمس عشرة سنة من وقت صدور الحكم ، أو من وقت النكول إذا لم يصدر حكم .

وقد قدمنا ، فى الجزء الثانى من الوسيط (١) ، أن اليمين فى هذه الحالة هى يمين الاستيثاق . فالقانون بعد أن جعل مدة التقادم سنة واحدة ، وجعل من هذا التقادم قرينة على الوفاء ، أراد أن يعزز هذه القرينة - وقد اعتبرها دليلاً غير كامل - بيمين متممة يحلفها المدين على واقعة شخصية له هى أدائه الدين فعلا . فاذا كان قد مات ، حلفت الورثة ، أو أوصياؤهم إن كانوا قسراً ، يمين عدم العلم بأنهم لا يعلمون بوجود الدين ، أو يمين العلم بأنهم يعلمون حصول الوفاء (٢) .

وقد ذكرنا فى صدد هذه اليمين ما يأتى : « وخصائص يمين الاستيثاق فى الحالة التى نحن بصدها أنها يمين إجبارية ، ولا بد للقاضى أن يوجهها إلى المدين

(١) الوسيط جزء ثان فقرة ٣١٧ .

(٢) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التشريعية ٣ ص ٣١٩ .

أو إلى ورثته . وتوجه إلى هؤلاء ، دون الدائن . وإذا حلفها من وجهت إليه ، كسب الدعوى حتماً . على أنها تبقى بعد كل ذلك في نظرنا يميناً متممة لا يميناً حاسمة ، فهي تختلف اختلافاً جوهرياً عن اليمين الحاسمة في أنها ليست هي الدليل الوحيد في الدعوى ، بل هي دليل تكميلي يعزز الدليل الأصلي وهو قرينة الوفاء المستخلصة من انقضاء سنة على وجود الدين . على أن هناك رأياً يذهب إلى أن اليمين هنا يمين حاسمة إجبارية يوجهها القاضي من تلقاء نفسه في حق تقادم بمدة قصيرة . والتقادم يقوم على قرينة الوفاء ، فهي قرينة قانونية قاطعة لا يجوز دحضها إلا بالإقرار أو بالنكول عن هذه اليمين (١) .

٦٠٩ - تفصيل الحقوق التي تقادم بسنة واحدة : والدائنون في

الحقوق التي تقادم بسنة واحدة فريقان .

(الفريق الأول) التجار والصناع وأصحاب الفنادق والمطاعم . ويستحق التاجر أو الصانع حقه في ذمة العميل عن الأشياء التي وردها له من تجارته أو صناعته ، بشرط ألا يشتري العميل هذه الأشياء ليتجر بها هو نفسه ، وإلا كان ديناً تجارياً يتقادم في الغالب بخمس عشرة سنة . ويستوى أن يكون العميل تاجراً أو غير تاجر ، ما دام يشتري الأشياء للتجارة بها ، بل لاستهلاكه الخاص هو وأسرته . فقد يشتري العميل ، من الخبز أو المطحون أو البقال أو الجزار أو صاحب مصنع الأحذية أو صاحب مصنع المنسوجات ، ما يحتاج إليه في استهلاكه الخاص ، من خبز أو دقيق أو أغذية أو لحم أو أحذية أو ملابس أو غير ذلك . فسواء كان هذا العميل تاجراً أو غير تاجر ، فإن الدين الذي يترتب في ذمته للتاجر أو الصانع يتقادم بسنة واحدة ، لأن مثل هذه الديون لا تبقى عادة في ذمة المدين أكثر من هذه المدة . ويتقادم الدين حتى لو استمر الدائن في توريد أشياء أخرى للمدين ، فكل صفقة قائمة بذاتها يتقادم الدين فيها مستقلاً عن غيره من الديون في الصفقات الأخرى . والعبرة في تمييز الصفقة عن الصفقات الأخرى بالمألوف المعتاد ، فمن الناس من تعود « الاستمرار »

(١) الوسيط جزء ثان ٢ فقرة ٣١٧ ص ٥٨٩ - ص ٥٩٠ - وانظر أيضاً فقرة ٣٢٥

طوال الشهر ويدفع شهراً فشهراً ، ومنهم من يدفع أسبوعاً فأسبوعاً ، ومنهم من يدفع يوماً فيوماً . ففى تمت الصفقة واستحق الدين بحسب المألوف فى التعامل بين المدين والدائن ، بدأ مريان التقادم (١) . وإذا أراد الدائن أن يمنع تقادم الدين فى هذه المدة القصيرة ، ففى عليه إلا أن يجعل المدين يحرر له سنداً بالدين ، فيقطع التقادم ، ويبدأ تقادم جديد مدته خمس عشرة سنة .

أما أصحاب الفنادق والمطاعم فيستحقون ديونهم فى ذمة عملائهم من أجر الإقامة فى الفندق ، وما يستهلكه العميل عادة فى الفندق من طعام وشراب ، وما يترتب فى ذمته من أجر للخدمات التى يقدمها الفندق من غسيل وكى ونحو ذلك ، وما يقدمه الفندق للعميل من سلف . وصاحب المطعم يستحق فى ذمة العميل ثمن الطعام والشراب اللذين تناولهما العميل ، وما عسى أن يصرفه صاحب المطعم لحسابه . كل هذه ديون تدفع عادة عقب الانتهاء من الإقامة فى الفندق ، وعقب الانتهاء من تناول الطعام والشراب فى الفندق . فيسرى عليها تقادم السنة من هذا الوقت ، حتى لو عاد العميل إلى الفندق أو المطعم مرة أو مرات أخرى وترتبت فى ذمته ديون جديدة ، فكل دين من هذه الديون يتقادم بسنة من وقت استحقاقه . وإذا أراد الدائن أن يمنع هذا التقادم القصير ، فعليه أن يجعل المدين يحرر سنداً بالدين ، فيبدأ تقادم جديد مدته خمس عشرة سنة . هذه ويلاحظ أنه لا يدخل فى هذه الديون أجر الغرف المفروشة فى غير الفنادق ، فهذه ديون دورية متجددة تتقادم بخمس سنوات كما تقدم القول (٢) .

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع النهي : « والغالب فى الديون التى يرد عليها التقادم الحول أن تترتب على عقود تقتضى نشاطاً مستمراً أو متجداً ، كخدمات الأجرء وعمل من يزاولون المهنة الحرة وتوريد البضائع وما إلى ذلك . بيد أن كل دين من هذه الديون يعتبر قائماً بذاته رغم استمرار نشاط الدائن وتجده ، ويسقط بانقضاء سنة من اكتمل ذاتية وأصبح مستحق الأداء .. ويستحق أداء ثمن ما يورده التاجر عادة لعميله كل يوم أو كل أسبوع أو كل شهر ، وفقاً للمرفع الجارى » (مجموعة الأعمال التصحيحية ٣ ص ٣١٨ - ٣١٩) .

(٢) انظر المادة ٣٥١ من قانون الميراثات والقبول (أنفاً فقرة ٦٠٧ فى الماشى) وتجمل حق مؤجر الأثاث والأشياء المنقولة بتقادم بسنتين .

هذا وقد يستأجر العميل غرفة فى فندق ويلفج أجزتها شهراً فشهراً ، فالأجرة هنا ، وإن كانت دورية تتجدد كأجرة الغرف المفروشة ، تدخل ضمن حقوق أصحاب الفنادق التى تتقادم بسنة واحدة بصريح نص الفقرة الأولى من المادة ٣٧٨ مدنى .

(والفریق الثاني) هم العمال والخدم والأجراء ، مما يستحقونه من أجور عند أرباب العمل ، وعما قاموا به من توريدات لخدمهم . والعمال هم عمال المصانع والتاجر والزراوع . والخدم والأجراء هم الطهاة والسواقون والسفرجية والبوابون « والجنانية » وخدم المنازل والفنادق والمطاعم . ويدخل ضمن الأجراء صغار الصناع من سباكين وحدادين ونجارين وميكانيكيين ونحوهم ، وإذا لم يدخلوا ضمن الأجراء دخلوا ضمن الصناع ، فحقوقهم في جميع الأحوال تتقدم بسنة واحدة . والحقوق التي تترتب لمثل هؤلاء الدائنين تدفع عادة في مواعيد استحقاقها ، إذ هي مورد عيشهم . فإذا تأخر الدائن عن المطالبة بها مدة سنة كاملة ، تتقدم حقه وسقط ، حتى لو بقي مستمرّاً في توريد خدماته للمدين . فإذا بقي العامل في المصنع ، تتقدم أجره بحسب ميعاد استحقاقه ، يوماً فيوماً أو أسبوعاً فأسبوعاً ، أو شهراً فشهرّاً . وإذا بقي الخادم في المنزل ، تتقدم حقه شهراً فشهرّاً بحسب ميعاد الاستحقاق . أما الأجير العارض ، كالنجار والحداد ، فيستحق أجره بمجرد انتهاء عمله ، ويبدأ سريان التقدم من هذا الوقت . وإذا أراد الدائن منع هذا التقدم القصير ، جعل المدين يحرر سنداً بالمدين ، فيبدأ تقدم جديد مدته خمس عشرة سنة . هذا ويلاحظ أن أجور الموظفين والمستخدمين ومهاياهم ومرتباتهم ومعاشاتهم غير أجور العمال والخدم والأجراء ، فقد رأينا أنها تتقدم بخمس سنوات .

٦١٠ - سريان التقنين المدني الجديد : رأينا أن التقنين المدني

الجديد جعل من التقدم في الحقوق المتقدمة الذكر سنة ميلادية كاملة بدلاً من ثلاثة وستين يوماً وهي مدة التقدم في التقنين المدني السابق . أما الدائنون في التقنين المدني السابق فكانوا « الباعة » عن أئمان مبيعاتهم ، ويمكن إدخال التجار والصناع في عموم هذا اللفظ ، فلا خلاف إذن بين التقنيين في هذا الصدد . ولم يذكر التقنين السابق أصحاب الفنادق والمطاعم ، ولا يمكن إدخال هؤلاء ضمن « الباعة » ، فيكون التقنين الجديد قد استحدث هؤلاء الدائنين . وكذلك العمال والأجراء لم يذكرهم التقنين السابق ، ومن الصعب إدخالهم ضمن « الخلعة » الذين ذكرهم ، فيمكن القول إذن أن التقنين الجديد قد استحدث أيضاً هؤلاء الدائنين .

فيكون الدائنون الذين استحدثهم التقنين المدني الجديد هم أصحاب الفنادق والمطاعم والعمال والأجراء ، فهؤلاء كانت حقوقهم وفقاً لأحكام التقنين السابق تتقدم بخمس عشرة سنة ، فأصبحت وفقاً لأحكام التقنين الجديد تتقدم بسنة واحدة . فمن كان من هؤلاء له حق سرى ضده التقدم في عهد التقنين المدني السابق ، ولم يتكامل بل بقى على تكامله سنة أو أكثر ، فإن هذا الحق ، منذ سريان التقنين الجديد ، يسرى ضده التقدم ، الجديد ومدته سنة واحدة ، حتى لو كانت المدة الباقية من التقدم القديم تبلغ أربع عشرة سنة . أما إذا كانت المدة الباقية من التقدم القديم أقل من سنة ، فإن هذه المدة الباقية هي التي يتقدم الحق بانقضائها . فلو أن الحق كان قد مضى على استحقاقه أربع عشرة سنة ونصف ، فإنه يتقدم بعد انقضاء نصف سنة فقط من يوم ١٥ من شهر أكتوبر سنة ١٩٤٩ (أنظر المادة ٨ من التقنين المدني الجديد وقد تقدم ذكرها) . أما إذا كان التقدم قد تكامل خمس عشرة سنة قبل نفاذ التقنين الجديد ، فإن الحق يكون قد انقضى في عهد التقنين السابق ، ولا محل إذن للقول بتقدم جديد .

أما بقية الدائنين من الصناع والتجار والخدم . فقد كانت حقوقهم تتقدم بثلاثة وستين يوماً في عهد التقنين المدني السابق ، فطالت مدة التقدم في عهد التقنين المدني الجديد إلى سنة كاملة ، أي زادت نحو خمسة أيام . فالحق الذي كان التقدم قد تكامل بالنسبة إليه ، أي انقضى على استحقاقه ثلثائة وستون يوماً قبل ١٥ من شهر أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، يكون قد سقط بالتقدم وفقاً لأحكام التقنين السابق . أما إذا كان الحق لم ينقض على استحقاقه قبل ١٥ من شهر أكتوبر سنة ١٩٤٩ ثلثائة وستون يوماً ، فإنه لا يتقدم إلا بانقضاء سنة كاملة من وقت سريان التقدم القديم . فلو أن حقاً كان قد انقضى على استحقاقه عند نفاذ التقنين الجديد تسعة أشهر ، فإن مدة التقدم الباقية تكون ثلاثة أشهر تبدأ من ١٥ من شهر أكتوبر سنة ١٩٤٩ (١) .

(١) وقد كان هناك تناقض ملحوظ في أحكام التقنين المدني السابق ، إذ كانت مدة التقدم في حقوق الخدم ثلثائة وستين يوماً ، وكانت مدة امتياز هذه الحقوق سنة كاملة ، فكان الحق -

٦١١ - (٤) الضرائب والرسوم المستحقة للدولة - النصوص

القانونية : تنص المادة ٣٧٧ من التقنين المدني المصري على ما يأتي :

١ - يتقدم بثلاث سنوات الضرائب والرسوم المستحقة للدولة ، ويبدأ سريان التقادم في الضرائب والرسوم السنوية من نهاية السنة التي تستحق عنها ، وفي الرسوم المستحقة عن الأوراق القضائية من تاريخ انتهاء المرافعة في الدعوى التي حررت في شأنها هذه الأوراق أو من تاريخ تحريرها إذا لم تحصل مرافعة .

٢ - ويتقدم بثلاث سنوات أيضاً الحق في المطالبة برد الضرائب والرسوم التي دفعت بغير حق ، ويبدأ سريان التقادم من يوم دفعها .

٣ - ولا تخل الأحكام السابقة بأحكام النصوص الواردة في القوانين الخاصة (١) .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ٢١٠ / ٢٧٤ (٢) .

= يسقط بالتقادم قبل تكامل مدة امتياز (الموجز المؤلف فقرة ٦٠٩ ص ٦٣٩ - الأبعاد أحمد حشمت أبوسيت فقرة ٨٤١ فقرة ص ٦٤٦) . وقد توفى التقنين المدني الجديد هذا التصاريح ، فجعل مدة التقادم سنة كاملة ومدة الامتياز ستة أشهر فقط . فالحق يكون لسنة أشهر حقاً ممتازاً ، ويكون لسنة أشهر أخرى ديناً عادياً ، ثم يسقط بالتقادم .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « ويراى من ناحية أخرى أن المشروع قد عدل مدة التقادم المتصوص عليها في التقنين الحالي (السابق) : م ٢٧٣ / ٢٠٩ ، فجعلها سنة ميلادية بعد أن كانت ثلاثاً وستين يوماً ، وبذلك وفق إلى نحو التناقض الملحوظ في نصوص هذا التقنين بين أحكام هذه المدة وأحكام مدة امتياز ديون الأجراء » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣١٨) .

(١) تاريخ النص : لم يرد هذا النص في المشروع التمهيدى ، ولجنة المراجعة هي التي أنشأته على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وأصبح رقمه ٣٦٠ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٣٧٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣١٥) .

(٢) التقنين المدني السابق م ٢٧٤ / ٢١٠ : المبالغ المستحقة للمضربين وكتبة المحاكم عن رسوم أوراق يسقط حق المطالبة بها بمضى مدة ثلاثاً وستين يوماً اعتباراً من تاريخ انتهاء المرافعة في الدعوى التي تحررت في شأنها الأوراق المذكورة أو من تاريخ تحريرها إذا لم تحصل المرافعة .

ولا مقابل له في التقنيات المدنية العربية الأخرى ، فيما عدا التقنين الليبي
فتقابله المادة ٣٦٤ (١) .

ويخلص من النص المتقدم الذكر أن مدة التقادم في الضرائب والرسوم
المستحقة للدولة هي بوجه عام ثلاث سنوات (٢) ، ما لم يرد في قوانين الضرائب

= (وقد كان هذا النص مقبلاً في التقنين الملغى السابق ، وقد أخذ عن التقنين الملغى الفرنسي :
م ٢٢٧٢/١ ، حيث لا يعتبر المحضرون موظفين في الدولة ، بل يقتضون أنماطاً حل أعمالهم
تتقدم بسنة واحدة . ولذلك لم ينقل المشروع التمهيدى هذا النص ، وورد في مذكرته الإيضاحية
في هذا الصدد ما يأتي : « وقد أغفل المشروع ذكر عبارة المبالغ المستحقة المحضرين وكتبه
المحاكم في البيان الوارد في المادة ١٥٠ » ، مراحياً في ذلك أن التقنين الحالي - السابق - أخطأ
في إلحاق هذه العبارة في نص المادة ٢١٠/٢٧٤ . والواقع أن المحضرين والكتبة يعتبرون وفقاً
لنظام الإدارة في مصر ضمن موظفي الحكومة على نقبض ما هو متبع في فرنسا . وعلى هذا الأساس
تكون المبالغ التي تستحق لأولئك وخولاء ، بسبب ما يؤدون من أعمال رسمية للمقاضين ، ديناً
للحكومة يدخل في حساب الرسوم القضائية : مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣١٨ - ثم صدر
بعد ذلك قانون رقم ٢ لسنة ١٩٤٠ يمل المادة ٢١٠/٢٧٤ - وسيأتي ذكره - وهذا التعديل
هو الذي نقله التقنين الملغى الجديد - انظر الموجز المولف فقرة ٦٠٩ ص ٦٣٩ - من ٦٤٠ -
الأساذ أحمد حشمت أبوسبت فقرة ٨٤٢) .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين الملغى السوري (لا مقابل - وتسمى القوانين الخاصة) .

التقنين الملغى الليبي م ٣٦٤ (مطابقة المادة ٣٧٧ من التقنين الملغى المصري) .

التقنين الملغى العراقي (لا مقابل - وتسمى القوانين الخاصة) .

تقنين الموجبات والنفود اللبناني (لا مقابل - وتسمى القوانين الخاصة) .

(٢) كانت الضرائب تتقدم - قبل الأمر المالى الصادر في ٢٩ مارس سنة ١٩٠٠ -
بمضى سنوات هجرية ، باعتبارها ديوناً دورية متجددة تطبيقاً للمادة ٢١١/٢٧٥ من التقنين
الملغى السابق (استئناف مخطئ ٢٧ مارس سنة ١٨٨٩ م ١ ص ٨٩ - ١٧ يناير سنة ١٨٩٥ م ٧
ص ١٧٠) . ثم صدر الأمر المالى السالف الذكر ، ففقد بمقوتها بعد مضي ثلاث سنوات
ميلادية لا يوقف سريانها ولا يتقطع . ثم صدر قانون رقم ٢ لسنة ١٩٤٠ يمل المادة ٢١٠/٢٧٤
من التقنين الملغى السابق ، ويحدد مدة ثلاث سنوات ميلادية لمقوت الحق في الضرائب والرسوم
المستحقة لزم الكتاب والمرورفات القضائية ، « وهذا يضع حداً للبليلة القائمة ، ويوحّد
أحكام سقوط الحق في مواد الضرائب والرسوم والمصاريف القضائية وأى رسوم أخرى ، سواء
كان صاحب الحق هو خزينة الحكومة أو أفراد الناس » (من المذكرة الإيضاحية لمادة ٢١٠
المبدلة) . وقد عدل نص المادة ٢١٠/٢٧٤ من التقنين الملغى السابق على الوجه الآتي : « يسقط
الحق في المطالبة بالمبالغ المستحقة بمسقة ضريبة أو رسم بمضى ثلاث سنين ميلادية من تاريخ =

والقوانين الخاصة الأخرى نصوص تفضي بغير ذلك (١).

فما لم يرد إذن نص مخالف ، تكون مدة التقادم في الضريبة العقارية (٢) على الأراضي الزراعية والمباني ، وفي ضرائب الأموال المنقولة كضريبة كسب العمل وضريبة المهن الحرة وضريبة الأهمم والسندات والأموال المنقولة ، وفي ضريبة الإيراد العام ، وفي ضريبة الخضر ، وفي غير ذلك من الضرائب (٣) ، هي ثلاث سنوات تبدأ من نهاية السنة التي تستحق عنها الضريبة ، فمن هذا

= استحقاقها . ولا يبدأ سريان هذه المدة بالنسبة للضرائب أو الرسوم السنوية إلا من نهاية السنة التي تستحق عنها تلك الضرائب والرسوم . وفيما يتعلق بالرسوم التي تستحق عن أوراق قضائية فيبدأ سريان هذه المدة بالنسبة لها من تاريخ انتهاء المرافعة في الدعوى التي حررت بشأنها تلك الأوراق أو من تاريخ تحريرها إذا لم تحصل المرافعة . ويسقط الحق في المطالبة برد المبالغ التي قدمت بغير حق بمضي ثلاث سنين من يوم دفعها . وكل ذلك مع عدم الإخلال بأحكام القانونين رقمي ١٤ لسنة ١٩٣٩ و ٤٤ لسنة ١٩٣٩ . (انظر الدكتور أحمد حشمت أبو سميت فقرة ٨٤٢) . وهذا التعديل الصادر في سنة ١٩٤٠ هو الذي نقل عنه التقيين المنفي الجديده كما سبق القول .

(١) وقد وردت فعلا نصوص مخالفة في بعض قوانين الضرائب . من ذلك الفقرة الأولى من المادة ٩٧ من القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ ، وهي تقضي بسقوط حق الحكومة في المطالبة بما هو مستحق لها بموجب هذا القانون بمضي خمس سنوات . ثم عدلت هذه المدة إلى عشر سنوات بموجب القانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٤٧ بالنسبة إلى الضرائب المستحقة من سنوات ١٩٣٨-١٩٤٠ . وتبدأ المدة من وقت وضع الإيراد تحت تصرف الممول (نقض مدني ٢٥ يونيو سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٩٤ ص ١٢١١) . ولا تقتطع بطلب موصل عليه من مصلحة الضرائب ، ولكن يصدر الورد على النموذج رقم ٤ ضرائب (نفس الحكم) .

(٢) والضريبة العقارية دين في ذمة الممول يجوز ، ما لم يسقط بالتقادم ، تقاضيه من أمواله الأخرى ، وحق امتياز الحكومة على العقار المستحق هذا الدين بسببه ليس إلا ضماناً لوفاء به . وقد قضت محكمة النقض بأن دين الضريبة العقارية يسقط بمضي ثلاث سنوات ميلادية تبدأ من آخر السنة التي استحق فيها هذا الدين ، سواء بيع العقار المستحق هذا الدين بسببه أو بقى ملكاً للدين . ذلك أن دين الضريبة هو دين شخصي ثابت في ذمة المدين . وامتياز الحكومة على العقار المستحق هذا الدين بسببه ليس إلا ضماناً لوفاء به ، ويبع الضمان أو هلاكه ليس من شأنه أن يؤثر في خصائص الدين المضمون . ذلك أنه إذا بيع الضمان ، فإن ذلك لا يحول دون استيفاء الدين من أموال المدين الأخرى قبل سقوطه بالتقادم (نقض مدني أول مايو سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٤٩ ص ١٠٠٨) .

(٣) أما الموائد المستحقة البلديات ولجبال المديريات وللأشخاص المعنوية العامة الأخرى غير الدولة فلها في تقادمها أحكامها الخاصة .

الوقت إذن يبدأ سريان التقادم .

وكذلك الرسوم المستحقة للدولة ، كرسوم التفتة ورسوم البريد ورسوم القضايا والأوراق القضائية ، تتقادم بثلاث سنوات من وقت استحقاقها . وتستحق الرسوم عن الأوراق القضائية من تاريخ انتهاء المرافعة في الدعوى التي حُوت في شأنها هذه الأوراق ، فإن لم تحصل مرافعة فمن تاريخ تحريرها ، ويبدأ سريان التقادم من هذا الوقت أو ذاك .

وكما يسرى تقادم ثلاث السنوات في حقوق الدولة قبل المولين في الضرائب والرسوم ، كذلك يسرى تقادم ثلاث السنوات في حقوق المولين قبل الدولة إذا دفع المولون ضرائب أو رسوماً أكثر من المستحق وجاز لهم استرداد الزيادة . ومدة التقادم هذه تعادل مدة التقادم المقررة في استرداد دفع غير المستحق بوجه عام (أنظر م ١٨٧ مدني) ، إلا أن التقادم في استرداد الزيادة في الضرائب والرسوم يسرى من يوم دفع غير المستحق سواء كان المول يعلم بحقه في الاسترداد أو لا يعلم . فإذا كان لا يعلم فليست هناك مدة تقادم أخرى مقدارها خمس عشرة سنة تسرى من وقت الدفع ، إذ مدة التقادم هنا واحدة لا تتغير ، وهي ثلاث سنوات تسرى من وقت الدفع كما قلنا . وهذا بخلاف التقادم في استرداد غير المستحق في غير الضرائب والرسوم ، فإن تقادم ثلاث السنوات يسرى من وقت علم الدائن بحقه في الاسترداد ، ويسقط هذا الحق على كل حال بخمس عشرة سنة من وقت الدفع . ومن ثم تكون أحكام الفقرة الثانية من المادة ٣٧٧ مدني مخصصة للأحكام العامة الواردة في المادة ١٨٧ مدني (١) .

(١) وإذا وجب على الدولة رد غير المستحق للمول ولم يسقط هذا الحق بالتقادم ، فإن الدولة لا تلزم بدفع غرائد عن المبالغ غير المستحقة التي ترددها ، فقد صدر القانون رقم ١٤٦ لسنة ١٩٥٠ يقضي بعدم جواز مطالبة مصلحة الضرائب بالفوائد عن المبالغ التي يحكم عليها بردها للمولين . وقد كانت محكمة النقض تقضي باستحقاق هذه الفوائد قبل السيل بالقانون سالف الذكر ، أما منذ نفاذ هذا القانون فالنص صريح في عدم استحقاق هذه الفوائد (انظر الوسيط جزء ٢ فقرة ٥٠٧ ص ٨٩٤ هامش رقم ٤) .

٦١٢- لا يجوز الاتفاق على أنه يتم التنازل في مرة مختلفة
 من المرة التي غيرها القانون - التصوي القانوني : تنص الفقرة الأولى
 من المادة ٣٨٨ من التقنين المدني على ما يأتي :
 « لا يجوز الاتفاق على أن يتم التنازل في مدة تختلف عن المدة التي عينها
 القانون (١) » .

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري
 المادة ١/٣٨٥ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ١/٣٧٥ - وفي التقنين المدني
 العراقي المادة ١/٤٤٣ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ١/٣٤٦ (٢) .

ويخلص من هذا النص أنه لا يجوز الاتفاق مقدماً على تعديل مواعيد التنازل
 التي قررها القانون ، لا بالزيادة ولا بالنقص . وقد كان التقنين المدني السابق
 لا يشتمل على نص في هذه المسألة ، فكان الفقه والقضاء يسيران على ما جرى عليه
 القضاء في فرنسا (٣) . ويحرم القضاء الفرنسي الاتفاق على إطالة مدة التنازل ،
 إذ هو ضد مصلحة الدين ، وقد يكون فوق ذلك وسيلة إلى النزول عن التنازل
 قبل أن يتم ، كما إذا اتفق الطرفان على إطالة مدة التنازل إلى خمسين سنة
 أو إلى مائة ، فيكون هذا بمثابة النزول مقدماً عن التنازل من الناحية العملية (٤) .
 ولكن القضاء الفرنسي يجيز الاتفاق على تقصير مدة التنازل ، بشرط أن تكون
 المدة المتفق عليها كافية لأن يطالب الدائن بحقه ، فلا تكون قصيرة إلى حد

(١) تاريخ النص : انظر ما يلي فقرة ٦٥٥ في الهامش .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : انظر ما يلي فقرة ٦٥٥ في الهامش - وأحكام
 هذه التقنينات في هذه المسألة متفقة مع أحكام التقنين المدني المصري .

(٣) استئناف مخطط ٢٢ فبراير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ١٢٤ - الموجز المؤلف فقرة ٦١٢
 ص ٦٤٣ - الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٨٥١ .

(٤) بلانيول وريبير وودوان ٧ فقرة ١٣٥٠ - ولكن هذا لا يمنع من أن يقطع الدائن
 التنازل أو أن يقوم سبب لوقف سريانه ، فتطول مدة التنازل حتى ما جراه قطعه أو وقته
 (بلانيول وريبير وودوان فقرة ١٣٥٠) .

لا تمكنه من ذلك عملياً، وكثيراً ما كان يتفق على تقصير مدد التقادم في عقود النقل وفي عقود التأمين (١). وحجة القضاء في ذلك أن تقصير المدة هو مصلحة المدين، ولكن هذه الحجة ليست حاسمة، فانه يقع كثيراً أن يكون المدين هو الجانب الأقوى كما في عقود الإذعان ومنها عقود النقل وعقود التأمين. ومن ثم حرم قانون ١٣ يولييه سنة ١٩٣٠ الذي نظم عقد التأمين في فرنسا أي اتفاق على تقصير مدة التقادم، بل وعلى إسقاط حق المؤمن له إذا لم يتم بأعمال معينة في مدد قصيرة كالتبليغ عن الحادث وتقديم المستندات (٢).

أما التقنين المدني المصري الجديد فقد أتى، كما رأينا، بنص صريح في المسألة، استمدته من المشروع الفرنسي الإيطالي. فنص على تحريم الاتفاق على إطالة مدة التقادم أو تقصيرها، واعتبر مدة التقادم التي حددها القانون ملزمة للطرفين فلا يجوز لها أن يتفقا على تعديلها. فتكون مدد التقادم إذن من النظام العام، ولا يجوز أن يترك تحديد لها لمشئته الأفراد (٣). ويترتب على ذلك أنه إذا اتفق الطرفان على تقصير مدة التقادم العادية، وهي خمس عشرة سنة، إلى عشر سنوات أو خمس مثلاً، لم يعتد بهذا الاتفاق بل تكون المدة خمس عشرة سنة كاملة. وإذا اتفق الطرفان على إطالة مدة السنة المحددة لتقادم بعض الديون إلى سنتين أو ثلاث مثلاً، كان هذا الاتفاق باطلاً، وتبقى مدة التقادم سنة كما حددها القانون. وسنرى فيما يلي أن النزول عن التقادم مقدماً قبل أن يكتمل غير جائز كإطالة مدة التقادم، والجائز إنما هو النزول عن التقادم بعد أن يكتمل.

(١) بلاتول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٤٩ ص ٧٦٢.

(٢) بلاتول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٤٩.

(٣) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيد في هذا الصدد: « نبيج المشروع نبيج المشروع الفرنسي الإيطالي، فسطر كل تعديل اتفاق في مدة التقادم المقررة في القانون. ويفرق البعض بين الاتفاقات الخاصة بحد المدة والاتفاقات الخاصة بتقصيرها، يلحقون البطلان بالأول دون الثانية. بيد أنه لم ير وجه للأخذ بهذه الطريقة، لأن إقرار صحة الاتفاق على قصر المدة لا يؤمن معه الاعتصاف، ولا سيما في عقود التأمين. وقد اتفق واضعو المشروع الفرنسي الإيطالي فيما بينهم على إقرار قاعدة حظر تعديل المدد المقررة في القانون من المتعاقدين إطلاقاً، لأن حكم التقادم يتعلق بالنظام العام، ولا ينبغي أن يترك تطبيقه لمشئته الأفراد » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٤٥).

وانظر ما يلي فقرة ٦٥٨.

وقد كان الاتفاق على تقصير مدة التقادم جائزاً في عهد التقنين المدني السابق ، وفقاً لما جرى عليه القضاء الفرنسي فيما قدمناه . ومن ثم تنفذ الاتفاقات التي تكون قد عقدت في ذلك العهد ، إذا كانت مدة التقادم التي اتفق على تقصيرها قد اكتملت قبل نفاذ التقنين الجديد . أما إذا كانت لم تكتمل ، فالظاهر أن الاتفاق على تقصير مدة التقادم تسرى عليه أحكام التقنين الجديد وهي هنا من النظام العام ، فلا يمتد بهذا الاتفاق وتبقى مدة التقادم كاملة دون تقصير كما حددها القانون .

المبحث الثاني

كيفية حساب مدة التقادم

٦١٣ — **النصوص القانونية :** تنص المادة ٣٨٠ من التقنين المدني على ما يأتي :

« تحسب مدة التقادم بالأيام لا بالساعات . ولا يحسب اليوم الأول ، وتكمل بانقضاء آخر يوم منها » .

وتنص المادة ٣٨١ على ما يأتي :

١ — لا يبدأ سريان التقادم فيما لم يرد فيه نص خاص إلا من اليوم الذي يصبح فيه الدين مستحق الأداء » .

٢ — وبخاصة لا يسرى التقادم بالنسبة إلى دين معلق على شرط واقف إلا من الوقت الذي يتحقق فيه الشرط ، وبالنسبة إلى ضمان الاستحقاق إلا من الوقت الذي يثبت فيه الاستحقاق ، وبالنسبة إلى الدين المؤجل إلا من الوقت ينتضي فيه الأجل » .

٣ — وإذا كان تحديد ميعاد الوفاء متوقفاً على إرادة الدائن ، سرى التقادم

من الوقت الذى يتمكن فيه الدائن من إعلان إرادته (١) .

ولا مقابل لهذه النصوص فى التقنين المدنى السابق ، ولكن الأحكام كان معمولاً به بها دون نص لاتفاقها مع القواعد العامة (٢) .

وتقابل هذه النصوص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى: فى التقنين المدنى السورى المادتين ٣٧٧ - ٣٧٨ - وفى التقنين المدنى اللبنى المادتين ٣٦٧ - ٣٦٨ - وفى التقنين المدنى العراقى المواد ٤٣٢ - ٤٣٤ - وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٣٤٨ (٣) .

وتمرض هذه النصوص لسألتين : (١) حساب مدة التقادم (٢) ومبدأ سريان التقادم .

(١) تاريخ النصوص :

م ٣٨٠ : ورد هذا النص فى المادة ١٧٥ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « بحسب مدة التقادم بالتقويم المجرى ، وتكون بالأيام لا بالساعات ، ولا يحسب اليوم الأول ، وتكمل المدة بانقضاء آخر يوم فيها » . وفى لجنة المراجعة حذف النص على الحساب بالتقويم المجرى حتى يكون الحساب بالتاريخ الميلادى طبقاً للقاعدة العامة التى نص عليها فى الباب التمهيدى ، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وصار رقم المادة ٢٩٣ فى المشروع التامى . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس للشيوخ تحت رقم ٣٨٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٢٢ - ص ٣٢٣) .

م ٣٨١ : ورد هذا النص فى المادة ١٨٥ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا أن الفقرة الأولى من المشروع التمهيدى لم تكن تشتمل على عبارة « فيما لم يرد فيه نص خاص » . وقد أضيفت هذه العبارة فى لجنة المراجعة ، فكل تطابق النص ، وأصبح رقم المادة ٣٩٤ فى المشروع التامى . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس للشيوخ تحت رقم ٣٨١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٢٤ و ص ٣٢٦) .

(٢) ولكن التقويم المجرى كان هو المبول به فى حساب مدد التقادم فى عهد التقنين المدنى السابق ، أما التقنين المدنى الجديد فتقتضى نصومه بأن يكون حساب مدد التقادم بالتقويم الميلادى .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى : م ٣٧٧ - ٣٧٨ (مطابقتان للمادتين ٣٨٠ - ٣٨١ من التقنين المدنى المجرى) .

التقنين المدنى اللبنى : م ٣٦٧ - ٣٦٨ (مطابقتان للمادتين ٣٨٠ - ٣٨١ من التقنين المدنى المصرى) .

٦١٤ - حساب مرة التقادم : تقول المادة ٣٨٠ مدنى : وتحسب مدة التقادم بالأيام لا بالساعات . ذلك أننا لو حسبنا المدة بالساعات ، لانتضى ذلك أن نعرف في أية ساعة على وجه الدقة بدأ سريان التقادم . وهذا أمر تتعلم معرفته ، فان التاريخ الذى يكتب فى الأوراق ويؤخذ عادة مبدءاً لسريان التقادم لا تذكر فيه الساعة بل اليوم (١) . فوجب إذن حساب المدة من يوم لى يوم ، ابتداء من منتصف الليل إلى منتصف الليل التالى ، وفقاً للتقويم الميلادى (٢) . ويتضى هذا عدم حساب اليوم الأول ، لأنه يكون يوماً ناقصاً أو جزءاً من يوم (٣) . ذلك أنه إذا لم يكن سريان التقادم قد بدأ عند منتصف الليل تماماً ، وهذا أمر نادر لا يدخل فى الحساب ، وأردنا أن نحسب ما تقدم من الساعات على منتصف الليل ، لانتضى ذلك أن نحسب المدة بالساعات ، من الساعة التى بدأ فيها على وجه الدقة سريان التقادم ، وهذا أمر تتعلم معرفته كما سبق القول .

= التقنين المدنى المرقى م ٤٣٢ : إذا ترك السلف الدعوى مدة ، وتركها الخلف مدة أخرى ، وبلغ مجموع المدتين الحد المقرر لعدم سماح الدعوى ، فلا تسع .
م ٤٣٣ : تحسب المدة التى تمتع من سماح الدعوى بالتقويم الميلادى ، وتكون بالأيام لا بالساعات .

م ٤٣٤ : ١ - يحتر ابتداء المدة المقررة لعدم سماح الدعوى من اليوم الذى يصبح فيه الالتزام مستحق الأداء . ٢ - فى دعوى الدين المؤجل تبدأ المدة من وقت حلول الأجل ، وفى دعوى الدين المطلق حل شرط من وقت تحقق الشرط ، وفى دعوى ضمان الاستحقاق من الوقت الذى يثبت فيه الاستحقاق . ٣ - وإذا كان تحديد ميعاد الوفاء متوقفاً على إرادة الدائن ، سرى مرور الزمن من الوقت الذى يتمكن فيه الدائن من إعلان إرادته .

(وأحكام التقنين المرقى متفقة مع أحكام التقنين المصرى : انظر الأستاذ حسن الذنون فى أحكام الالتزام فى القانون المدنى المرقى فقرة ٣٩٠ - فقرة ٣٩١) .

تقنين الموجدات والقواعد البنىال م ٣٤٨ : لا ينتهى حكم مرور الزمن إلا يوم يصبح الدين مستحق الأداء . وتحسب المدة بالأيام لا بالساعات ، ولا يحسب يوم البداية . وتعد مدة مرور الزمن تامة عند انقضاء آخر يوم فيها . (وأحكام التقنين البنىالى تنفق مع أحكام التقنين المصرى) .
(١) وإذا لجأنا إلى الشهادة لتحديد الساعة التى بدأ فيها سريان التقادم ، وهذه واقعة مادية يجوز إثباتها بالبينة ، تلمر على الشهود أن يحددوا على وجه الدقة اليوم الذى بدأ فيه سريان التقادم به الساعة (بودوى وتنسيه فقرة ٥٧٩) .

(٢) استئناف مصر ٣ أبريل سنة ١٩٥٢ الحاماة ٣٤ رقم ٢٧ ص ٣١ .

(٣) استئناف مخطوط ١٧ ديسمبر سنة ١٩٠٨ م ٢١ ص ٧٨ .

فالحساب بالأيام يقتضى إذن إغفال اليوم الناقص ، ثم حساب مدة التقادم يوماً فيوماً ، حتى نصل إلى منتصف الليل من اليوم الذى يتم به عدة التقادم السنين التى حددها القانون ، ولا يتم التقادم إلا عند منتصف هذا الليل . وتقول المادة ٣٨٠ مدنى : « ولا يحسب اليوم الأول ، وتكمل المدة بانقضاء آخر يوم منها » .

ويدخل فى الحساب ما يتخلل هذه الأيام من مواسم وأعياد ، وإذا كان التقادم لا يكتمل إلا بانقضاء آخر يوم منه ، فانه يقع صحيحاً ما يتخذ من الإجراءات بشأن قطع التقادم فى هذا اليوم . فان كان اليوم الأخير يوماً من أيام الأعياد أو المواسم ، وتعلم اتخاذ إجراء فيه لقطع التقادم ، فان سريان التقادم يوقف بالقوة القاهرة إلى اليوم التالى أو إلى أول يوم صالح لاتخاذ الإجراء ، ولا يكتمل التقادم إلا بانقضاء هذا اليوم دون أن يقطع الدائن سريانه (١) .

هذا وفى حساب المدة تضم مدة السلف إلى مدة الخلف . فلو أن الدائن قد مات بعد استحقاق الدين بسبع سنوات ، وكانت مدة التقادم خمس عشرة سنة ، فلا يبقى أمام وارث الدائن إلا ثمانى سنوات للمطالبة بالدين . فان انقضت هذه المدة دون أن يطالب الوارث بالدين ، سقط الدين بالتقادم ، لأن مدة المورث ضمت إلى مدة الوارث فى الحساب . ولو أن الدائن نزل عن الدين المحال له بعد سبع سنوات من استحقاقه ، فان المحال له لا يبقى أمامه للمطالبة بالدين إلا ثمانى سنوات ، لأن مدة سلفه تضم إلى مدته فى حساب التقادم ، على نحو ما رأينا فى ضم مدة المورث إلى مدة الوارث . فالتخلف ، سواء كان خلفاً عاماً أو خلفاً

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « تحسب مدة التقادم ، أيًا كانت ، بالأيام لا بالساعات . ويتفرع هل ذلك أن اليوم الأول لا يدخل فى الحساب ، فى حين يدخل فيه ما يعرض خلال هذه المدة من أيام المواسم والأعياد . وينبغى لاستكمال مدة التقادم أن ينتضى آخر يوم فيها ، ولذلك يقع صحيحاً ما يتخذ من الإجراءات بشأن التقادم فى هذا اليوم ، كإجراءات قطع المدة مثلاً . وإذا وقع آخر أيام المدة فى عطلة عيد أو موسم لا يتيسر اتخاذ الإجراءات فى خلالها ، كان ذلك من قبيل القوة القاهرة ، ووقف سريان التقادم : انظر المادة ١٩٩/٢ من المشروع والمادة ٥٦٣ من التقنين البرتغالى » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٢٥) .

وانظر فى هذا المعنى المادة ١٩٣ من التقنين المدنى الألمانى — الأستاذ ميد الى حجازى ٣ ص ٣٢٠ — ويذهب بودرى وتيسيه إلى عكس ذلك ، وإلى أن التقادم يكتمل بانقضاء اليوم الأخير حتى لو كان يوم عطلة (بودرى وتيسيه ققرة ٥٨٣) .

(١٢٧ — الوسيط)

خاصاً ، تحسب عليه مدة سلفه وتضم إلى مدته لاكتيال التقادم (١) .

وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد ينص على حساب مدة التقادم بالتقويم الهجرى (٢) ، كما كان الأمر فى عهد التقنين المدنى السابق حيث كان القضاء يحسب مدة التقادم ، وهى مأخوذة من الشريعة الإسلامية ، بالتقويم الهجرى (٣) . ولكن التقنين المدنى الجديد حذف النص على الحساب بالتقويم الهجرى ، فوجب الحساب بالتقويم الميلادى تطبيقاً لأحكام المادة ٣ مدنى ، وتنص على أن تحسب للمواعيد بالتقويم الميلادى ، ما لم ينص القانون على غير ذلك (٤) . من أجل هذا قد يقع أن تكون مدة التقادم بحسب التقويم الهجرى مكتملة قبل نفاذ التقنين المدنى الجديد ، أى قبل يوم ١٥ من أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، فيسقط بالتقادم حتى لو لم تكن المدة قد اكتملت بحسب التقويم الميلادى . أما إذا كانت المدة لم تكتمل بالتقويم الهجرى قبل يوم ١٥ من شهر أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، فإن التقادم يستمر سارياً ، ولكن تحسب المدة من أولها بالتقويم الميلادى تطبيقاً لأحكام التقنين المدنى الجديد . فلو أن المدة التى انقضت قبل يوم ١٥ من شهر أكتوبر سنة ١٩٤٩ كانت خمس عشرة سنة هجرية إلا يوماً واحداً ، فإن التقادم فى هذه الحالة يحسب من أوله بالتقويم الميلادى ، ويبقى على اكتيال المدة ، لا يوم واحد فحسب ، بل هذا اليوم مضافاً إليه عدد آخر من الأيام هو الفرق ما بين خمس عشرة سنة ميلادية وخمس عشرة سنة هجرية . فتكون المدة الباقية لاكتيال التقادم فى الحالة التى نحن بصدددها هى مائة وتسعة وستون يوماً بدلاً من يوم واحد ، إذا حسبنا فى الخمس عشرة سنة ميلادية ثلاث سنوات كيسة على الأقل (٥) .

(١) انظر فى هذا المدنى المادة ٤٣٢ من التقنين المدنى العراق (آنفأ فقرة ١١٣ فى الماش) - وانظر أيضاً الموجز المؤلف فقرة ٦٠٥ ص ٦٢٦ .

(٢) انظر تاريخ نص المادة ٣٨٠ مدنى (آنفأ فقرة ١١٣ فى الماش) .

(٣) الموجز المؤلف فقرة ٦٠٥ - المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٢٥ .

(٤) انظر تاريخ نص المادة ٣٨٠ مدنى (آنفأ فقرة ١١٣ فى الماش) .

(٥) ذلك أن هناك فرقاً هو أحد عشر يوماً ما بين السنة الميلادية والسنة الهجرية ، فيكون مجموع الفرق خمس عشرة سنة ميلادية هو مائة وخمسة وستون يوماً . يضاف إلى ذلك ثلاثة =

٦١٥ - مبدأ سريان التقادم - القاهرة العامة واستناداتها :

تضع الفقرة الأولى من المادة ٣٨١ مدنى القاعدة العامة في تحديد مبدأ سريان التقادم ، فقد رأيناها تنص على أنه « لا يبدأ سريان التقادم فيما لم يرد فيه نص خاص إلا من اليوم الذى يصبح فيه الدين مستحق الأداء » . فالقاعدة إذن أن يبدأ سريان التقادم من وقت استحقاق الدين ، إذ أن الدائن لم يكن يستطيع المطالبة بالدين قبل استحقاقه ، وينبئ أن يكون الدائن خلال مدة التقادم قادراً على مطالبة المدين ولم يفعل ، فيتقادم الدين جزاء له على إهماله . وتقريراً على ذلك ، إذا كان الدين غير مستحق الأداء إلا بعد مدة معينة ، لم يسر التقادم إلا من وقت استحقاق الدين للأداء ، مادام الدائن كان لا يستطيع المطالبة بالدين قبل ذلك (١) .

== أيام من السنوات الكبيسة الثلاث ، كما يضاف اليوم الذى كان بالياً لا كمال التقادم قبل نفاذ التفتين المدنى الجديد ، فيكون مجموع كل ذلك هو مائة وتسعة وستون يوماً .

(١) بلاتيلو وريير وردوان ٧ فقرة ١٣٥٢ - وقارن بودرى وتيسيه فقرة ٣٨١ و فقرة ٣٨٨ ومع ذلك انظر فقرة ٣٨٤ مكررة .

ومن ثم يبدأ سريان التقادم ، بالنسبة إلى دعوى التصويف التى يرهبها المالك على متصعب باع الملك الذى اغضبه ، لا من وقت الاختصاص ، بل من وقت البيع (استئناف مختلط ٣١ مارس سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ١٥٣ - ١٦ فبراير سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ٥٥) .
ويبدأ سريان التقادم بالنسبة إلى الضرائب من تاريخ إقفال ميزانية الممول أو المنشأة ، لا من تاريخ تقديم الممول أو المنشأة للإقرار (للسويس ١٤ أبريل سنة ١٩٥١ المحاماة ٣٢ رقم ٧١ ص ٢٦٥) .

ويسرى التقادم بالنسبة إلى الأرباح التجارية من يوم إمكان المطالبة بالدين (استئناف مصر ٣ أبريل سنة ١٩٥٢ المحاماة ٣٤ رقم ٢٧ ص ٣١) .

ويبدأ سريان التقادم ، بالنسبة إلى حق الكفيل في الرجوع على المدين ، من تاريخ وفاة الكفيل لهذا الدين ، لا من تاريخ استحقاق الدين المكفول (نقض مدنى ١٩ مايو سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١٥٢ ص ١٤٣) .

ويبدأ سريان التقادم ، بالنسبة إلى دعوى تقديم الحساب على معنى الشركة ، من وقت انتهاء مهمة المعنى (استئناف مختلط ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٥٤ م ١٧ ص ١٢) .

ويبدأ سريان التقادم ، بالنسبة إلى التزام الدائن المرتهن برد الشيء المرهون حيازة ، من وقت انقضاء الدين وصيرورة الشيء المرهون واجب الرد (بودرى وتيسيه فقرة ٣٨٤) .

ويبدأ سريان التقادم ، بالنسبة إلى حق التفضيل في استرداد المبروفات التى صرفها في أعمال التفضالة ، من وقت قيام قصداً بالعمل الذى ترتب عليه منفعة رب العمل (نقض مدنى ١٢ فبراير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٦٩ ص ١٧٦) .

هذا ما لم يرد نص خاص يجعل مبدأ سريان التقادم غير يوم استحقاق الدين .
وهناك فعلاً نصوص خاصة ، بعضها يجعل مبدأ سريان التقادم بعد يوم استحقاق
الدين ، وبعضها يجعله قبل يوم الاستحقاق .

فمن النصوص التي تجعل مبدأ سريان التقادم بعد يوم استحقاق الدين ماورد
خاصاً بالتقادم الثلاثي بالنسبة إلى الالتزامات الناشئة من العمل غير المشروع
أو الإثراء بلا سبب أو دفع غير المستحق أو الفضالة فهذه الالتزامات جميعاً
لايسرى في حقها تقادم ثلاث السنوات لإلّا من اليوم الذي يعلم فيه الدائن بقيام
الدين وبالشخص المستول عنه ، وقد يتأخر هذا اليوم عن اليوم الذي يستحق
فيه الدين وهو اليوم الذي وقع فيه العمل غير المشروع أو الإثراء بلا سبب أو
دفع غير المستحق أو الفضالة (١) . كذلك يجرى التقادم الثلاثي بالنسبة إلى
دعوى إبطال العقد لنقص الأهلية أو الغلط أو التدليس أو الإكراه من اليوم
الذي يزول فيه نقص الأهلية أو يتكشف فيه الغلط أو التدليس أو ينقطع فيه
الإكراه ، وهذا اليوم يتأخر عادة عن اليوم الذي يمكن فيه رفع دعوى
الإبطال (٢) . كذلك يسرى التقادم الثلاثي بالنسبة إلى الدعوى البولصية من
اليوم الذي يعلم فيه الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف ، وهذا اليوم يتأخر عادة
عن اليوم الذي يمكن فيه رفع الدعوى وهو اليوم الذي وقع فيه التصرف
المطعون فيه (٣) .

ومن النصوص التي تجعل مبدأ سريان التقادم قبل يوم استحقاق الدين
ماورد في الفقرة الثالثة من المادة ٣٨١ مدني ، وتقضى كما رأينا بأنه و إذا كان
تجديد ميعاد الوفاء متوقفاً على إرادة المدين ، سرى التقادم من الوقت الذي

— ويبدأ سريان التقادم ، بالنسبة إلى دعوى مسئولية أمين النقل ، من اليوم الذي يجب أن يتم
فيه النقل (نقض مدني ٧ يناير سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٥٩ ص ٤٠٢ —
٣١ مايو سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٨٨ ص ٦٤٢) .

(١) أنظر م ١٧٢ مدني بالنسبة إلى العمل غير المشروع ، وم ١٨٠ مدني بالنسبة إلى الإثراء
بلا سبب ، وم ١٨٧ مدني بالنسبة إلى دفع غير المستحق ، وم ١٩٧ مدني بالنسبة إلى الفضالة .

(٢) أنظر م ١٤٠ مدني .

(٣) أنظر م ٢٤٣ مدني .

يمكن فيه الدائن من إعلان إرادته . فالدين هنا لا يستحق إلا إذا أعلن الدائن فعلاً إرادته في استيفائه ، ومع ذلك يبدأ سريان التقادم بالنسبة إليه من اليوم الذى يتمكن فيه الدائن من إعلان إرادته ولو لم يعلنها بالفعل ، أى فى يوم سابق على استحقاق الدين . كذلك نصت الفقرة الثانية من المادة ٣٨٦ مدنى على أنه « إذا سقط الحق بالتقادم سقطت معه الفوائد وغيرها من الملحقات ، ولو لم تكتمل مدة التقادم الخاصة بهذه الملحقات » . فهذا النص يجعل الفوائد والملحقات تتقادم بتقادم الحق نفسه ، وقد يبدأ سريان التقادم بالنسبة إلى الحق قبل استحقاق الفوائد والملحقات ، ومن ثم يبدأ سريان التقادم بالنسبة إلى الفوائد والملحقات قبل استحقاقها .

٦١٦ - مبدأ سريان التقادم بالنسبة إلى دين معلق على شرط

وبالنسبة إلى ضماحه الاستحقاق : وتطبيقاً للقاعدة العامة من أن مبدأ سريان التقادم يكون من وقت استحقاق الدين ، يبدأ سريان التقادم بالنسبة إلى الدين المعلق على شرط واقف من وقت تحقق هذا الشرط ، لأن هذا الدين لا يستحق إلا من هذا الوقت ، وقبل تحقق الشرط الواقف لم يكن من الممكن معرفة ما إذا كان الدين يستحق أو لا يستحق . وإذا كان لتحقيق الشرط الواقف أثر رجعى ، فيعتبر الالتزام موجوداً لا من وقت تحقق الشرط فحسب بل من وقت قيام مصدر الالتزام ، إلا أن الالتزام لا يكون نافذاً إلا من وقت تحقق الشرط ، والعبرة في مبدأ سريان التقادم بنفاذ الالتزام لا بوجوده (١) .

ويرتب على ذلك أن مبدأ سريان التقادم بالنسبة إلى ضمان الاستحقاق هو من الوقت الذى يثبت فيه الاستحقاق بحكم نهائى ، ذلك أن التزام البائع بضمان

(١) استئناف مخطط ٣ مارس سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٣٠٢ — ويميل بعض الفقهاء تأخير سريان التقادم إلى وقت تحقق الشرط تطبيقاً آخر ، فينهجون إلى أن سريان التقادم يكون موقوفاً بموجب القاعدة التى تقضى بوقف التقادم حيث يصدر عن الدائن نطقه *(Contra non valentem agere non currit praescriptio)* ، ويترتب هذه القاعدة فيما يل . وقد بين بودرى وتيسيه عملاً هذا الرأى ، فان الدائن يستطيع قطع التقادم قبل تحقق الشرط ، لأن قطع التقادم من الأعمال التحفظية التى يستطيع أن يقوم بها الدائن تحت شرط واقف (بودرى وتيسيه فقرة ٣٨٩) .

استحقاق المبيع هو التزام معلق على شرط واقف ويتحقق الشرط بثبوت استحقاق المبيع ، فيبدأ سريان التقادم من وقت ثبوت استحقاق المبيع بالحكم النهائي (١) .

وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٣٨١ مدنى ، كما رأينا ، على الأحكام المتقدم ذكرها ، فقالت : « وبخاصة لا يسرى التقادم بالنسبة إلى دين معلق هل شرط واقف إلا من الوقت الذى يتحقق فيه الشرط ، وبالنسبة إلى ضمان الاستحقاق إلا من الوقت الذى يثبت فيه الاستحقاق (٢) » .

(١) استئناف وطنى ٢٠ مارس سنة ١٩١٧ الجمعية الرسمية ١٨ رقم ٦٨ ص ١١٨ — استئناف مخطط ٢٤ مارس سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٢٢٣ — بودرى وتيسيه فقرة ٣٩٣ . أما ضمان التعرض فيبدأ سريان التقادم فيه من وقت حصول التعرض (نقض مدنى ه ديسمبر سنة ١٩٤٠ مجموعة محر ٢ رقم ٧٩ ص ٢٨٠ — استئناف مخطط ٣٠ ديسمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ١١٣ — ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ٣٨ — ١٣ أبريل سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ١٩٢) . وقد قضت محكمة النقض أيضاً بأن حق المشتري في رفع دعوى الضمان على البائع (أى ضمان التعرض) لا يتوقف وجوده على صدور حكم نهائى بنزع ملكية المشتري من العقار المبيع ، بل يمكن لنفسه هذا الحق أن يحرم المشتري فعلاً من العقار المبيع لأى سبب سابق على البيع لم يكن له يد فيه أو ليس في مقدوره دفعه . وإذا كانت مدة التقادم المسقط للحق لا تبتلى إلا من وقت وجود هذا الحق ، كان التقادم في دعوى الضمان يسرى من تاريخ المنازعة في الملك على المعنى السابق ببيانه (نقض مدنى ٢٨ أبريل سنة ١٩٣٢ مجموعة محر ١ رقم ٤٧ ص ٩٩) . ونرى من ذلك أن التقادم بالنسبة إلى ضمان التعرض يسرى أولاً ، فإذا أعقب التعرض استحقاق سرى تقادم جديد بالنسبة إلى ضمان الاستحقاق من وقت صدور الحكم النهائي باستحقاق المبيع ، حتى لو كان التقادم بالنسبة إلى ضمان التعرض قد اكتمل قبل ذلك . وأما ضمان العيب الخفى فتبدأ مدة سقوط فيه من وقت العلم اليقيني بالعيب وذلك في عهد التقنين المدنى السابق : م ٤٠٢/٣٢٤ (نقض مدنى ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ه رقم ٤٧ ص ٣٠٧) ، ويسرى التقادم فيه في عهد التقنين المدنى الجديد من وقت تسليم المبيع إلى المشتري (انظر المادة ٤٥٢ من التقنين المدنى الجديد) .

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للشروح التمهيدى : « ويبدأ سريان التقادم من الوقت الذى يصبح فيه الدين مستحق الأداء ، وتحتسب المدة من أول يوم كامل يلى هذا الوقت . ولا يسرى التقادم طبقاً لهذه القاعدة ، بالنسبة للدين معلق على شرط موقوف ، إلا من وقت تحقق الشرط . وكذلك يكون الحكم في ضمان الاستحقاق بوصفه التزاماً شرطياً ، يتوقف وجوده على نجاح المتعرض في دعواه » (مجموعة الأعمال التفسيرية ٣ ص ٣٢٥) .

أما الدين المعلق على شرط فاسخ ، فانه نافذ منذ وجوده . ويبقى نافذاً إلى أن يتحقق الشرط الفاسخ ، فإذا تحقق الشرط زال الالتزام بأثر رجعي . ويرتب على ذلك أن مبدأ سريان التقادم بالنسبة إلى الدين المعلق على شرط فاسخ يكون من وقت نفاذه ، أي قبل تحقق الشرط الفاسخ . فإذا اكتمل التقادم قبل تحقق الشرط ، سقط الالتزام بالتقادم سواء تحقق الشرط أو لم يتحقق . أما إذا لم يكتمل التقادم وتحقق الشرط الفاسخ ، فقد زال الالتزام بأثر رجعي كما قدمنا . وإذا تبين أن الشرط الفاسخ لن يتحقق وأصبح الالتزام بائناً ، بقي التقادم سارياً منذ بدءاً ، إلى أن يتكامل أو إلى أن ينقطع (١) .

٦١٧ - مبدأ سريانه التقادم بالنسبة إلى دين مؤجل : وتطبيقاً

للقاعدة العامة أيضاً في مبدأ سريان التقادم ، يبدأ سريان التقادم بالنسبة إلى الدين المؤجل من وقت حلول الأجل ، بانقضائه أو بسقوطه أو بالزول عنه ممن له مصلحة فيه . فلك أن الدين يصبح مستحقاً من وقت حلول الأجل ، فمن هذا الوقت يبدأ سريان التقادم . ويستري في ذلك أن يكون الأجل صريحاً أو ضمناً ، معيناً أو غير معين ، اتفاقياً أو قانونياً أو قضائياً .

فاذا كان الدين مقسطاً ، فكل قسط يعتبر ديناً مستقلاً بذاته ، ويسرى التقادم بالنسبة إلى كل قسط من وقت حلول هذا القسط . (٢) .

كذلك الديون الدورية بوجه عام ، كالأجر والأجور والفوائد وأقساط الإيراد ، فهي تحمل في مواعيد دورية . وكل دفعة منها تحمل ، يبدأ سريان التقادم بالنسبة إليها من وقت حلولها . ولا يتوقف سريان التقادم بالنسبة إلى أية دفعة على سريانه بالنسبة إلى الدفعات الأخرى ، بل كل دفعة تعتبر ديناً قائماً بذاته مستقلاً بالنسبة إلى التقادم وإلى مبدأ سريانه (٣) . وقد طبقت الفقرة

(١) بلانول وريبير وردوان ١ فقرة ١٣٥٤ .

(٢) استئناف مخطوط ٩ أبريل سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٣٣٤ .

(٣) استئناف مخطوط ٨ يونيو سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٣١٠ - ٧ مايو سنة ١٩٣٦ م ٤٨

ص ٢٥٨ - وذلك حتى لو وجد شرط بحلول الأقساط بجميعها عند التلفر في دفع قسط منها وتحقق الشرط، فإن التقادم لا يسرى في حق الأقساط الباقية إلا عند حلول مواعيدها الأصلية، ثم

الأولى من المادة ٣٧٩ مدنى هذا المبدأ ، بالنسبة إلى حقوق أصحاب المهن الحرة وحقوق التجار والصناع والعمال والخدم والأجراء ، فنصت كما رأينا على أن يبدأ سريان التقادم فى الحقوق المذكورة فى المادتين ٣٧٦ و ٣٧٨ من الوقت الذى يتم فيه الدائتون تقديماتهم ، ولو استمروا يؤدون تقديمات أخرى (١) .

والالتزام بدفع إيراد مرتب غير الالتزام بدفع أقساط هذا الإراد . فالالتزام بدفع كل قسط من أقساط الإيراد يبدأ سريان التقادم بالنسبة إليه من وقت حلول هذا القسط كما قدمنا . أما الالتزام بدفع الإيراد ، فى ذاته ، دون نظر إلى أقساطه ، فيتقادم من وقت وجوده ، لأنه من ذلك الوقت يكون نافذاً ، حتى قبل حلول أى قسط من أقساطه . فإذا انقضى منذ وجود الالتزام بدفع الإيراد مدة التقادم ، سقط الالتزام (٢) . والمقروض فى هذه الحالة أن أى قسط من أقساط هذا الإيراد لم يدفع ، لأنه لو دفع قسط منها فقد انقطع التقادم ، وبدأ تقادم جديد يسرى منذ الانقطاع دون حاجة لانتظار حلول قسط تال . ويلاحظ أيضاً أن مدة التقادم تبدأ فى هذه الحالة منذ وجود الالتزام بالإيراد دون حاجة لانتظار حلول أول قسط منه ، فقد لا يحل إلا بعد سنة ، فيتقادم الالتزام بالإيراد بعد خمس عشرة سنة من وجوده ، أى بعد أربع عشرة سنة من حلول أول قسط (٣) . ويتقادم كل قسط من أقساط الإيراد ،

= واشترط حلولها عند التأخر فى دفع قسط إنما هو شرط فى مصلحة الدائن ، فلا يساويه بتقديم مبدأ سريان التقادم (استئناف مختلط ٦ يوفيه سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٤٤٦ — ١٥ مايو سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ١٩٧ — لرقائيق ١٥ أكتوبر سنة ١٩٠١ المجموعة الرسمية ٣ رقم ٢٨ ص ٨٩ — انظر عكس ذلك : استئناف مختلط ٢١ أبريل سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٥٩) .

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع النهي : « ويسرى التقادم فى الديون الدورية — كالقوائد وأقساط الديون — من تاريخ استحقاق كل دين منها بذاته » (مجموعة الأحكام التفسيرية ٣ ص ٢٢٦) . وانظر أيضاً بلاتويل وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٥٦ ص ٧٦٩ — ص ٧٧٠ .

(٢) بودى وتيسيه فقرة ٣٨٢ .

(٣) انظر فى هذا المنى لوران ٣٢ فقرة ١٣ — جيلوارد ٢ فقرة ٧٥ — بودى وتيسيه فقرة ٣٨٢ — كولان وكايتان ٢ فقرة ٦٠٧ — ويلجب فقهاء آخرون إلى أن التقادم بالنسبة إلى الالتزام بالإيراد لا يبدأ سريانه إلا من وقت حلول أول قسط ، لأن الالتزام بالإيراد إنما يمتلئ فى أقساطه ، فلا يستطيع الدائن أن يطالب بشئ إلا بعد حلول أول قسط ، =

وهي ديون دورية ، بانقضاء خمس سنوات من وقت حلول القسط .

وقد يكون تحديد الأجل موكولا إلى تقدير القاضي ، كما إذا اتفق الدائن والمدين على أن يكون الدفع عند المقدرة ، فعند ذلك يحدد القاضي الأجل الذي يعتبر الدين حالا بعد انقضائه . فلا يسرى التقادم في هذه الحالة إلا إذا حدد القاضي الأجل وانقضى الأجل المحدد ، فعند انقضائه يبدأ سريان التقادم (١) .

٦١٨ - مبدأ سريان التقادم إذا لم يحدد الاستحقاق متوقفا

على إرادة المدين : وقد عفى المشرع بالنص على مبدأ سريان التقادم إذا

= لن هذا الوقت فقط يصبح الالتزام مستحق الأداء (كوابه دى ساتير ٨ فترة ٣٧٠ مكررة رابها - بلانيول وريبير وودوان ٧ فترة ١٣٥٣) .

(٧) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع الميثاق في هذا الصدد : « فإذا كان تحديد الأجل موكولا إلى القاضي — كما هي الحال في الالتزام بالدفع عند الاقتدار — تعين الترتيب حتى يتم هذا التحديد وتنفذ المدة المحددة (مجموعة الأعمال التصديرية ٣ ص ٢٢٥) .
وقد يكون تحديد الأجل موكولا إلى القيام بإجراء معين ، كما في دعوى إعادة البيع على الراس عليه المزايا ، فلا يسرى التقادم بالنسبة إلى هذه الدعوى إلا من وقت إعلان الراس عليه المزايا بقائمة التوزيع مع التنبيه عليه بالدفع وإلا أعيد البيع عليه (استئناف غنطل ٢٢ يولييه سنة ١٩٣٩ ٥١٢ ص ٣٩٧) .

وإذا لم يمين للقرض أجل يرد بعد انقضائه ، اعتبر حالا ، وبدأ سريان التقادم فيه من يوم وجوده (استئناف غنطل ٥ أبريل سنة ١٩١٧ المجموعة الرسمية ١٨ رقم ١/٩١ ص ١٦١) .
ومن أصبح الدين مستحق الأداء ، فلا يحول دون سريان التقادم صعوبة في استيفائه ، ما لم تكن هذه الصعوبة من شأنها أن تقف سريان التقادم . وقد قضت محكمة النقض بأن دين الأجرة الذي يستحق دفعه على المستأجر وضامنه في تاريخ انتهاء العقد تبدأ مدة التقادم بالنسبة إليه من اليوم التالي لتلك التاريخ . ولا يؤثر في ذلك تملك المؤجر (وزارة الأوقاف) الذي وضعت الأرض المجررة تحت حراسته لعدم سداد الأجرة بأنه لم يكن متسكنا من المطالبة بالدين لعدم معرفه حقيقة مقاداره بسبب عدم تصفية حساب الحراسة ، فإن هذا لا يند قوة قاهرة منعه من المطالبة بالدين (نقض مدني ٣ فبراير سنة ١٩٣٨ مجموعة محر ٢ رقم ٩٢ ص ٢٧٣) . ومع ذلك فقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا تعين للمؤجر حارسا قضائيا على المدين المجررة ، لم يبدأ مهجاء سقوط الحق بالمطالبة بالأجرة إلا من تاريخ انتهاء الحراسة . وليس للمستأجر أن يدفع بسقوط الحق لمضى أكثر من خمس سنوات من تاريخ عقد الإيجار ، لأن التقادم لا يبدأ إلا من الوقت الذي يمكن للدائن فيه أن يطالب بمجه ، ولا يستطيع المؤجر اتخاذ إجراءات تنطليته من دين الأجرة ما دامت عملية الحراسة لم تنته (٢٨ ماي سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية ٣١ رقم ١٤٣ ص ٣٦٧ - الهامدة ١١ رقم ٩٦ ص ١٥٨) .

كان ميعاد استحقاق الدين متوقفاً على إرادة الدائن ، كما هو الأمر في سند مستحق الأداء عند تقديمه (& viii) ، أى عند ما يتقدم به الدائن للمدين مطالباً بالوفاء . فنصت الفقرة الثالثة من المادة ٣٨١ مدنى ، كما رأينا ، على أنه « إذا كان تحديد ميعاد الوفاء متوقفاً على إرادة الدائن ، مرى التقدم من الوقت الذى يتمكن فيه الدائن من إعلان إرادته » . ذلك أنه إذا تأخر مبدأ سريان التقدم إلى الوقت الذى يختاره الدائن لتقديم السند إلى المدين ومطالبتة بوفائه ، كان أمر سريان التقدم موكولاً إلى محض إرادة الدائن ، وهذا لا يجوز ، وإلا أمكن أن يكون الدين غير قابل للتقدم (١) . فجعل النص مبدأ سريان التقدم من الوقت الذى يتمكن فيه الدائن من المطالبة بالوفاء (٢) ، سواء طالب فعلاً بالوفاء أو لم يطالب ، حتى لا يتحكم في الوقت الذى يبدأ فيه سريان التقدم . والوقت الذى يتمكن فيه الدائن من المطالبة بالوفاء يكون عادة وقت إنشاء الالتزام (٣) ، ما لم يثبت الدائن أنه لم يكن في استطاعته المطالبة بالوفاء

(١) انظر آنفاً فقرة ٥٠ في الهامش وفترة ٦٦ في الهامش - بلانول وريير ودوان
٧ فقرة ١٣٥٢ ص ٧٦٧ .

(٢) استئناف مصر ٢٨ مايو سنة ١٩٣٠ الهامة ١١ رقم ٩٦ ص ١٥٨ .

(٣) استئناف مخطوط ٧ مارس سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ١٨٧ - ٢٤ ديسمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٨٤ - طاعا ٢٠ يناير سنة ١٩٢٩ المجموعة الرسمية ٣٠ رقم ٧١ ص ١٦٨ - وقد قضت محكمة الاسكندرية بأن مدة سقوط الدائع قهراً من يوم حلول الأجل إن كانت لأجل أو تحقق الشرط إن كانت معلقة على شرط ، أو من يوم فسخ النزاع إن كانت متنازعا فيها . وفى غير ذلك يبدأ سقوط الحق في طلب ردها من يوم الإيداع (١١ مارس سنة ١٩٣١ الهامة ١٢ رقم ٣٨٤ ص ٧٧٩) .

هذا وقد يتفق على أن المدين يتعين عليه الوفاء بالدين في خلال مدة معينة من مطالبة الدائن له بالوفاء ، ففى هذه الحالة أيضاً يبدأ سريان التقدم من وقت وجود الالتزام ، وإلا تحكم الدائن في تحديد الوقت الذى يبدأ فيه سريان التقدم (يودى وتيسيه فقرة ٣٩٠ - وانظر آنفاً فقرة ٥٠ في الهامش وفترة ٦٦ في الهامش) . وهناك رأى يذهب إلى أن الالتزام في هذه الحالة لا يعتبر مستحق الوفاء إلا بعد انقضاء المدة المعينة التى يتعين على المدين الوفاء في خلالها ، فخصاف هذه المدة إلى مدة التقدم ، على ألا تكون هى ذاتها مدة تقدم ، بل تكون أجلاً لاستحقاق الدين ، فلا تنقطع ولا يقف سريانها (انظر أوبرى وور ٢ فقرة ٢١٣ ص ٤٥١ هامش رقم ٨ - جيلوارد فقرة ٧٢ وفترة ١٣٣ - وانظر المادة ١٩٩ من التفتين المدنى الألمانى وسأل في التعليلات على التفتين المدنى الألمانى جزء أول مادة ١٩٩ ص ٢٨٢ فقرة ٦) .

إلا في تاريخ لاحق (١) .

ويخلص مما تقدم أن مبدأ سريان التقادم لا يجوز أن يترك لحض إرادة الدائن يتحكم في تحديده كما يشاء . كذلك لا يجوز أن يترك مبدأ سريان التقادم حتى إلى اتفاق يتم بين الدائن والمدين ، إذ لو جاز ذلك لاستطاعا أن يصلا بطريق غير مباشر إلى النزول عن التقادم قبل اكتماله ، بأن يؤخرا مبدأ السريان مستمرين حل تأخيريه ، والنزول عن التقادم قبل اكتماله لا يجوز كما سئرى .

وإنما الجائز هو أن يتفق الدائن والمدين على اعتبار سلسلة من الصفقات مرتبطة بعضها ببعض كأنها صفقة واحدة لا تنجز ، فلا يسرى التقادم إلا بعد أن تم حلقات هذه السلسلة . وبذلك يتأخر مبدأ سريان التقادم بالاتفاق حتى تم آخر حلقة من هذه الصفقات (٢) . وقد يستخلص هذا الاتفاق من طبيعة الوضع القائم ، فالالتزامات الناشئة عن عقد الوكالة لا يبدأ سريان التقادم فيها إلا من وقت انقضاء هذا العقد (٣) .

٦١٩ - مبدأ سريانه التقادم بالنسبة إلى المبرور الاحتمالية :

والدين يكون احتمالياً ، كما قلنا ، إذا كانت عناصر وجوده لم تتكامل . فالالتزام بالتعويض عن عمل غير مشروع يبقى احتمالياً حتى لو وقع العمل غير المشروع ما دام الضرر لم يتحقق ، فإذا ما تحقق الضرر انقلب الالتزام من التزام احتمالياً إلى التزام محقق . والالتزام بالرصيد في الحساب الجاري يبقى التزاماً احتمالياً حتى يقفل الحساب ويتحدد الرصيد لمصلحة أحد الطرفين ، فعند ذلك ينقلب الالتزام إلى التزام محقق .

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع النهائي في هذا الصدد : « وإذا كان الأجل متوقفاً على إرادة المائن - كما هو الشأن في سند مستحق الرفاء عند الاطلاع - فلما سريان التقادم من اليوم الذي يتمكن فيه الدائن من الإفصاح عن هذه الإرادة ، أي من يوم إنشاء الالتزام ما لم يقدم الدليل على أن لم يكن في استطاعته أن يطالب بالدين إلا في تاريخ لاحق » (مجموعة الأعمال التشريعية ٤ ص ٣٢٥ - ٣٢٦) .

(٢) بلانول وريجز وريجون ٧ فقرة ١٣٥٨ .

(٣) استئناف غسطل ٢٣ ماي سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ٣٤٦ - ٢٥ يناير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٨٩ - ٢ يونيو سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٢٦٢ - ٩ أبريل سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢١٩ .

وغنى عن البيان أن التقادم لا يمكن أن يسرى بالنسبة إلى الالتزام الاحتمالى ، لأنه التزام غير نافذ ، بل هو التزام غير موجود حالا وإن احتمل وجوده استقبالا . ولا يبدأ سريان التقادم بالنسبة إليه ، إلا من وقت أن ينقلب من التزام احتمالى إلى التزام محقق . ومن ثم لا يبدأ سريان التقادم ، بالنسبة إلى الالتزام الاحتمالى بالتعويض ، إلا من وقت تحقق الضرر . ولا يبدأ سريان التقادم ، بالنسبة إلى الالتزام الاحتمالى بدفع رصيد الحساب الجارى ، إلا من وقت إقفاله وترصيده (١) .

المبحث الثالث

وقف التقادم

(Suspension de la prescription)

٦٢٠- التمييز بين وقف سريانه التقادم وتأخير سريانه التقادم:

قد يعرض من الأسباب ما يقف سريان التقادم بعد أن يكون قد بدأ ، وعند ذلك لا تحسب المدة التى وقف فيها سريان التقادم ، وتحسب المدة التى سبقت والمدة التى تلت . فوقف سريان التقادم يفترض إذن أن التقادم قد بدأ سريانه ، ثم وقف لسبب معين . أما تأخير سريان التقادم فيفترض أن التقادم لم يبدأ سريانه لعدم استحقاق الدين ، وسيبدأ السريان بمجرد الاستحقاق ، وهذا ما عرضنا له عند الكلام فى بدء سريان التقادم .

ولكن من الجائز أن يقوم سبب يقف سريان التقادم منذ البداية ، أى قبل أن يبدأ السريان ، فعند ذلك يحتل وقف سريان التقادم بتأخير سريانه .

(١) استئناف مخطوط ١٧ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣٣٠ - وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « أما الحساب الجارى فلا يبدأ سريان التقادم فيه إلا من تاريخ ترصيده » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٢٦) . وانظر أيضاً بلاثيول وريير ودوان ٧ فترة ١٣٥٥ .

على أنه لا يزال هناك فرق بين الأمرين حتى في هذه الحالة . ففي صورة وقف سريان التقادم تنتهى المدة التى وقف فيها السريان بزوال سبب الوقف ، أما في صورة تأخير سريان التقادم فلا تنتهى المدة إلا بحلول الميعاد الذى يستحق فيه الدين (١) .

ومهما يكن من أمر ، فإن وقف التقادم إذا صبح أن يعترض التقادم بعد بدء سريانه أو يقع منذ البداية ، فإن تأخير سريان التقادم لا يقع إلا منذ البداية ولا يتصور وقوعه معترضاً سريان التقادم بعد أن بدأ .

٦٢١ - النصوص القانونية : تنص المادة ٣٨٢ من التقنين المدنى على ما يأتى :

- ١ - لا يسرى التقادم كلما وجد مانع يتعلم معه على الدائن أن يطالب بحقه ولو كان المانع أدبياً . وكذلك لا يسرى التقادم فيما بين الأصيل والنائب .
- ٢ - ولا يسرى التقادم الذى تزيد مدته على خمس سنوات فى حق من لا تتوافر فيه الأهلية أو فى حق الغائب أو فى حق المحكوم عليه بعقوبة جنائية إذا لم يكن له نائب يمثله قانوناً (٢) .

(١) بودرى وتيسيه فقرة ٣٨٥ و فقرة ٤١٦ - ويميز بودرى وتيسيه بين الأمرين ، فى التقادم المكتسب ، ويوضحان ذلك بمثل خاص بالقانون الفرنسى . فيقرضان أن شخصاً وضع يده على عقار مملوك ليهت قاصر ، تزوجت بعد ذلك تحت نظام « الدوطة » . فلو قيل إن التقادم بدأ سريانه ثم وقف ، فإنه يستأنف السريان بمجرد بلوغ الزوجة سن الرشد ، لأن التقادم يسرى على « الدوطة » متى كان قد بدأ قبل الزواج (م ١٥٦١ فرنسى) . أما إذا قيل إن التقادم تأخر سريانه ولم يبدأ قبل الزواج ، فإنه لا يسرى ببلوغ الزوجة سن الرشد ، ولا يسرى إلا عند انقضاء الزواج (بودرى وتيسيه فقرة ٤١٦) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٩٠ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى :

- ١ - لا يسرى التقادم فى حق من لا تتوافر فيه الأهلية إذا لم يكن له نائب يمثله قانوناً . ومع ذلك يسرى التقادم فى حقه إذا كانت المدة خمس سنوات أو أقل . ٢ - ولا يسرى التقادم كذلك فيما بين الأصيل والنائب ، ولا فيما بين السيد والخادم . وبوجه عام لا يسرى التقادم كلما وجد مانع يستحيل معه على الدائن أن يطالب بحقه فى الوقت المناسب ، ولو كان المانع أدبياً . وفى لجنة المراجعة عدل النص على نحو جملة مطابقة لما استقر عليه فى التقنين الملقى الجديد ، فيما عدا أن الفقرة الثانية من المشروع كانت تتضمن فى آخرها العبارة الآتية : ومع ذلك يسرى التقادم =

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المواد ١١٢/٨٣ و ١١٤/٨٥ و ٢٦٩/٢٠٥ (١) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٣٧٩ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٣٦٩ - وفي التقنين المدني العراقي المادتين ٤٣٥ - ٤٣٦ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المواد ٣٥٤ - ٣٥٦ (٢) .

— في حقّه إذا كانت المدة خمس سنوات أو أقل ، وأصبحت المادة رقمها ٢٩٥ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب . وفي لجنة مجلس الشيوخ حلفت العبارة الأخيرة من الفقرة الثانية ، لأن حكمها مستفاد بطريق التماس المكس من سائر أجزاء النص ، وأصبح رقم المادة ٣٨٢ ، ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنة (مجموعة الأعمال التفسيرية ص ٣٢٧ - ص ٣٣١) .

(١) التقنين المدني السابق م ١١٢/٨٣ : لا تنتهي الملكية مطلقاً بمضي المدة الطويلة ولا يعتبر

حكمها بين الموكل والوكيل في جميع ما هو داخل ضمن التوكيل .

م ١١٤/٨٥ : وكذلك لا تسرى على مفقود الأهلية المذكورة أحكام ما عدا ذلك من أنواع انقضاء بعض المدة الطويلة ، متى كان المعتبر فيها أزهد من خمس سنوات .

م ٢٦٩/٢٠٥ : للقواعد المقررة للملك بمضي المدة ، من حيثية أسباب انقضاءها أو إيقاف سريانها ، تلج أيضاً في التخلص من الدين بمضي المدة .

(وتختلف أحكام التقنين المدني السابق من أحكام التقنين المدني الجديد فيما يأتي : ١ - كان التقادم يقف في التقنين المدني السابق حتى لو كان لتناقص الأهلية نائب يمثله قانوناً . ٢ - كانت أسباب وقف التقادم في التقنين المدني السابق محصورة في نقص الأهلية وعلاوة الوكالة بحسب النص ، فألّى التقنين المدني الجديد بنص عام بموجبه يقف التقادم كلياً وجد مانع ، ولو أدق ، يجلد منه على الدائن أن يطالب بمقتضاه) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنينات المدني السوري م ٣٧٩ (مطابقة المادة ٣٨٢ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني الليبي م ٣٦٩ (مطابقة المادة ٣٨٢ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٤٣٥ : ١ - تقف المدة المقررة لعدم سماح الدعوى بالعلل الشرعية ،

كأن يكون المدعى صديقاً أو محبباً وليس له ولي ، أو غائباً في بلاد أجنبية نائية ، أو أن تكون الدعوى بين الزوجين ، أو بين الأصل والفروع ، أو أن يكون هناك مانع آخر يستحيل منه على المدعى أن يطالب بمقتضاه . ٢ - والمدة التي تضي مع قيام العذر لا تعتبر .

م ٤٣٦ : إذا ترك بعض الورثة الدعوى يدين مورثهم من غير طر المدة المقررة ، وكان لباقي الورثة طر شرعي ، تسمع دعوى هؤلاء بقدر حصصهم من الدين .

(وأحكام التقنين العراقي متفقة مع أحكام التقنين المصري ، فيما عدا أن التقنين العراقي يقف للتقادم النسبة إلى تناقص الأهلية إذا لم يكن له نائب يمثله قانوناً في جميع مدد التقادم ، لا في المدة —

ويخلص من هذا النص أن التقنين المدني الجديد قد استحدث تعديلاً هاماً في أسباب وقف التقادم ، فبعد أن كانت هذه الأسباب مذكورة على سبيل الجبر في التقنين المدني السابق أسوة بالتقنين المدني الفرنسي ، أصبحت في التقنين الجديد سبباً عاماً يندرج تحته كثير من الأسباب ، فكلما وجد مانع يتعلم معه على الدائن أن يطالب بحقه ، يقف سريان التقادم ، ولو كان هذا المانع أدنياً .

وحق نترك مدى العموم الذي استحدثه التقنين الجديد ، يحسن أن نستعرض أولاً أسباب وقف سريان التقادم في التقنين المدني الفرنسي ، ثم ننقل بعد ذلك إلى أسباب الوقف في التقنين المدني المصري .

٦٢٢ - أسباب وقف التقادم في التقنين المدني الفرنسي :
عدد التقنين المدني الفرنسي أسباب وقف التقادم على سبيل الجبر (١) ، وهي طائفتان من الأسباب :

= التي تزيد على خمس سنوات فحسب . انظر الأستاذ حسن الدنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ٣٩٢ - فقرة ٣٩٣ .

تقنين الموجبات والمقود البتاني م ٣٥٤ : لا يسرى حكم مرور الزمن ، وإذا كان سارياً وقف : ١ - بين الزوجين في مدة الزواج . ٢ - بين الأب والأم وأولادهما . ٣ - بين فاقدة الأهلية أو الشخص الممنوع من جهة ، والوصي أو القيم أو ولي الإدارة من جهة أخرى ما دامت لم تنقطع مهمتهم ولم يؤدوا حساب إدارتهم على وجه نهائي . ٤ - بين السيد والخادم ما دام عقد الاستخدام قائماً .

م ٣٥٥ : إن حكم مرور الزمن ، في حق القاصرين غير المحررين وسائر فائتي الأهلية الذين ليس لهم وصي أو مشرف قضائي أو ولي ، يقف إلى ما بعد بلوغهم سن الرشد أو تحريرهم أو إقامة وكيل شرعي عنهم .

م ٣٥٦ : ويقف أيضاً حكم مرور الزمن بوجه عام لمصلحة الدائن الذي استحال عليه قطعه لسبب لم يكن فيه غشاًراً .

(وأحكام التقنين البتاني تنفق مع أحكام التقنين المصري ، فيما عدا أن التقادم يقف لصالح ناقصي الأهلية الذين ليس لهم نائب يمثلهم قانوناً في جميع مدة التقادم ، وليس فحسب في المدة التي تزيد على خمس سنوات كما هو الأمر في التقنين المصري) .

(١) والمادة ٢٢٥١ من التقنين المدني الفرنسي هي التي تبين أن أسباب وقف التقادم مذكورة في نصوص القانون على سبيل الجبر (بوجدي وتيسيه فقرة ٣٦٦) ، وإن اختلف القضاء مع الفقه ، في فرنسا ، على تحديد معنى الجبر ، كما سنرى .

(الطائفة الأولى) هم القصر والمحجورون (١) (م ٢٢٥٢ مدنى فرنسى) ، وهؤلاء لا يسرى فى حقهم التقادم إذا كانت مدته تزيد على خمس سنوات ، ما دام نقص الأهلية قائماً . ويستوى أن يكون للقصر والمحجورين من يمثلهم قانوناً كولى أو وصى أو قيم أو لم يكن لهم ممثلون ، ففى الحالين يقف سريان التقادم فى حقهم . وينتقد الفقه الفرنسى هذا الحكم ، ويؤثر ألا يقف سريان التقادم فى حق القصر والمحجورين ، أو فى القليل لا يقف سريانه إذا كان لهم من يمثلهم قانوناً إذ وجد من يستطيع المطالبة بحقوقهم ، فان أهمل من يمثلهم فى المطالبة بحقوقهم استطاعوا الرجوع عليه بالتعويض . هذا إلى أن الأساس الذى يقوم عليه التقادم إنما هو تئيت الأوضاع التى بقيت قائمة زمناً طويلاً حتى يستقر التعامل ، وليس غرضه الجهرى عقاب الدائن المهمل ، فتتحقق حكمته سواء كان الدائن كامل الأهلية أو ناقصها (٢) .

(الطائفة الثانية) هم الطائفة الذين تستوجب علاقتهم بالمدينين وقف سريان التقادم فى حقهم ، وهؤلاء هم : ١ - الزوجان (م ٢٢٥٣ مدنى فرنسى) ، ولا يسرى التقادم فيما بينهما ، وإلا لاضطر كل منهما أن يقاضى الآخر حتى يقطع التقادم ، فيتمكرو صفو السلام فى الأسرة (٣) . ٢ - الوارث الذى قبل الميراث مع الاحتفاظ بحقه فى الجرد sous bénéfice d'inventaire (م ٢٢٥٨ مدنى فرنسى) . فهذا الوارث إنما قبل الميراث على أن تفصل أموال التركة عن أمواله الشخصية ، وعلى ألا يكون مسئولاً عن ديون التركة إلا بقدر ما لها من حقوق . فإذا كان دائماً للتركة ، فان حقه لا يزول بانحداد الدمة ، لأنه لم يرث ديون التركة بعد أن انفصلت عن أمواله . وما دام حقه لا يزول ، فقد أصبح هذا الحق عرضة للتقادم ، إلا إذا قاضى الوارث التركة مطالباً به . وقد رأى المشرع الفرنسى ، فى سبيل منع الوارث من مقاضاة التركة وما فى ذلك من تعارض مع واجباته باعتبار أنه هو المدير للتركة والممثل لها ، وتوقياً لمصرقات المقاضاة

(١) ويسرى التقادم فى حق المرأة المتزوجة ، إلا فى حالات محصورة حددها القانون (انظر المواد ٢٢٥٤ - ٢٢٥٦ من التقنين المدنى الفرنسى) .

(٢) بودى وتيسيه فترة ٣٦٨ .

(٣) بودى وتيسيه فترة ٤٤٤ - فترة ٤٤٦ مكررة .

بما يضر بمصلحة الدائنين الآخرين ومصلحة الوارث نفسه ، أن يقف سريان التقادم في حق هذا الوارث حتى لا يضطر إلى مقاضاة التركة (١) .

هذه هي أسباب وقف التقادم في التقنين المدني الفرنسي ذكرت على سبيل الحصر ، فلا يجوز التوسع فيها ولا القياس عليها . وبخاصة لا يجوز ، في نظر الفقه الفرنسي ، الرجوع إلى قاعدة تقليدية كانت معروفة في القانون الفرنسي القديم ، وكانت تقضى بأن يوقف التقادم حيث يتعلم على الدائن أن يقطع سريانه *contra non valentem agere non currit praescriptio* ، فأى مانع يتعلم معه على الدائن أن يقطع التقادم يكون سبباً لوقف سريانه . ولم ينقل التقنين المدني الفرنسي هذه القاعدة ، بل هو على العكس من ذلك أنكروا في وضوح عند ما قرر في المادة ٢٢٥١ أن التقادم يسرى في حق كل شخص إلا إذا كان الشخص مستثنى بمقتضى نص في القانون (٢) . ولكن القضاء الفرنسي لم يساير

(١) بودرى وتيسيه فقرة ٤٤٧ - ولكن سريان التقادم لا يقف فيما للتركة من حقوق في ذمة الوارث ، بل أن الوارث - وهو المكلف بإدارة التركة ومن ذلك تعلق التقادم - لا يستطيع أن يتسلط بما كاتل تقادم كان من واجبه أن يقطعه ، ولا يجوز له أن يلهي من خطأ هو المسئول عنه (بودرى وتيسيه فقرة ٤٥٣) .

(٢) وهذا هو النص في أصله الفرنسي Art. 2251 : La prescription court contre toutes personnes, à moins qu'elles ne soient dans quelque exception établie par une loi.

ويأى الفقه الفرنسي الأخذ بالقاعدة التقليدية القديمة ، فلا يسلم بوقف التقادم حيث يتعلم على الدائن أن يقطع سريانه . فإن هذه القاعدة قامت في القانون الفرنسي القديم على أساس أن التقادم إنما وجد لعقاب الدائن المهمل ، وقد ثبت أنه لم يجهل ، بل كان من المتعلم عليه أن يطالب بحقه ، فلم يعد هناك محل لسقوط حقه بالتقادم . وكان الفقهاء الأولون الذين قالوا بهذه القاعدة في القانون الفرنسي القديم يتصرونها على الموانع القانونية التي تحول دون أن يطالب الدائن بحقه ، ولكن ما لبثت القاعدة أن اتسعت حتى شملت الموانع القانونية والموانع المادية حياً ، فأنطوى في القاعدة جميع الأحوال التي يتعلم فيها على الدائن أن يطالب المدين بحقه ، من قصر وجنون وحجر وشرط وأجل وقيام حرب وانقطاع مواصلات وغيبة منقطعة وجهل بالحق وقوة قاهرة وحادث فجائي وغير ذلك . وكان لقانون الكنتي ، وقد قدمنا أنه كان ينزع إلى التضييق من نطاق التقادم ، أثر كبير في توسيع القاعدة . ويذهب الفقه الفرنسي إلى أن التقنين المدني الفرنسي أراد القضاء على هذه القاعدة القديمة بما تجره من اضطراب ومنازعات ، فنص في المادة ٢٢٥١ أن التقادم يسرى في حق كل شخص إلا إذا كان الشخص مستثنى بمقتضى نص في القانون . فإلهاب وقف التقادم إذن مذكورة في نصوص القانون على سبيل الحصر ، - (م ٦٨ - الوسيط)

الفرقة فيما ذهب إليه ، بل قصر نص المادة ٢٢٥١ على أسباب وقف التقادم التي ترجع إلى حالة الشخص كما هو ظاهر النص ، فهذه الأسباب المذكورة على سبيل الحصر في نصوص القانون . أما الأسباب التي لا ترجع إلى حالة الشخص ، بل ترجع إلى ظروف خارجية ، فهي غير مذكورة على سبيل الحصر ، بل كان القضاء الفرنسي في شأنها أميل إلى تطبيق القاعدة التقليدية المشار إليها ، فأى مانع خارجي يتعذر معه على الدائن أن يقطع التقادم يكون سبباً لوقف سريانه (١) .

= وليست متفرعة عن قاعدة عامة كالقاعدة السالفة الذكر ، وأياً كان المانع الذي يتصل به على الدائن أن يطالب بحقه ، فإن هذا المانع لا يكون سبباً لوقف التقادم إلا إذا ورد به نص صريح في القانون . ويدعم لفقه الفرنسي منطلقه في هذه المسألة بأن التقادم لم يمد يقوم على فكرة عقاب الدائن المهمل ، وهي الفكرة التي تنحصر من أقوى المبررات للقاعدة التقليدية القديمة ، بل يقوم التقادم على فكرة تثبيت الأوضاع القائمة ودعم الثقة المشروعة حتى يستقر التصالح . وهي فكرة يستوى عنها أن يقوم مانع يحول دون أن يطالب الدائن بحقه أو لا يقوم ، ففي الحالتين ينشأ أن يسقط الحق بالتقادم حتى تتوطد الثقة المشروعة وتستقر الأوضاع القائمة - انظر في هذا المعنى تيسيه فقرة ٣٦٧ - فقرة ٣٦٨ - لوران ٣٢ فقرة ٣٧ - هيك ١٤ فقرة ١٥ - وقارن بلانويول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٧٩) . ويلحق أوبري ورو مع ذلك إلى الأصل بالقاعدة التقليدية القديمة ، بشرط أن تكون مقصورة على الموانع القانونية وحدها ، فلا يعدد بالموانع المادية أسباباً لوقف التقادم إلا إذا ورد بها نص صريح في القانون (أوبري ورو ٢ فقرة ٢١٤ وهماش ٢٢ إلى ٢٣) .

(١) وقد ذهب القضاء الفرنسي إلى أن المقصود بالمادة ٢٢٥١ مدنى فرنسى هو القضاء على الامتيازات التي كان يتمتع بها بعض الأشخاص في القانون الفرنسي القديم ، كالكنيسة والهيئات العامة وأمالك التاج ، فكان لا يجرى التقادم في حقها أو يجرى تقادم أطول (النظر أيضاً فقرة ٥٩٣) . فلفى النص بأن التقادم يجرى في حق كل شخص ، دون تمييز بين شخص وآخر ، ما لم يرد نص خاص يقف سريان التقادم بالنسبة إلى طائفة معينة من الأشخاص نظراً لحالة شخصية قائمة بها ، كما وردت المادة ٢٢٥٢ مدنى فرنسى في خصوص القصر والمجهورين . أما إذا كان المانع الذي يتصل به على الدائن أن يطالب بحقه لا يرجع إلى حالة شخصية ، فهذا أمر آخر لم تعرض له المادة ٢٢٥١ . وينطبق القضاء الفرنسي القاعدة القديمة في هذا النطاق ، بعد أن يخرج الموانع التي ترجع إلى حالة شخصية فيجعلها خاضعة للمادة ٢٢٥١ . فمتددة إذا تعذر على الدائن أن يطالب بحقه ، بسبب حرب أو غزو أو ثورة أو انقطاع المواصلات أو إغفال المحاكم أو غيبة منقطعة أو جهل الدائن بحقه جهلاً متفترراً أو غير ذلك ، كان هذا كافياً لوقف سريان التقادم (انظر في القضاء الفرنسي بودرى وتيسيه فقرة ٣٦٩ - فقرة ٣٧٧ - بلانويول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٧٩) . وهذا الاتجاه الذي سار فيه القضاء الفرنسي ، ومن شأنه أن يخفف من حدة ما قد ينطوى عليه التقادم من إنكار لحقوق ثابتة ، هو الذي أخذ به التقنين المدنى المصرى الجديد كما سنرى .

٦٢٣ - أسباب وقف التقادم في التقنين المرنى المصرى : وإذا كان

التقنين المدنى المصرى السابق قد حلوا التقنين المدنى الفرنسى فى حصر أسباب وقف التقادم كما قلنا ، فان التقنين المدنى المصرى الجديد قد عدل عن هذه المخاذة ، وجعل التقادم يقف لا بالنسبة إلى ناقصى الأهلية والمحجورين فحسب ، ولا فيما بين الأصيل والنائب فحسب ، بل بوجه عام يقف سريان التقادم كلما وجد مانع يتعلم معه على الدائن أن يطالب بحقه ، ولو كان المانع أديباً . فجماعت هذه العبارة من حيث العموم والشمول بحيث تذكر بالقاعدة التقليدية فى القانون الفرنسى القديم التى سبقت الإشارة إليها ، والتى تقضى بأن يوقف التقادم حيث يتعلم على الدائن أن يقطع سريانه . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « بيد أن أهم جديد أتى به المشروع فى هذا الصدد هو النص بصفة عامة على وقف سريان التقادم إذا كان ثمة مانع يستحيل معه على المدين أن يطالب بحقه فى الوقت المناسب ، ولو كان هذا المانع أديباً . ولم ير إيراد الموانع على سبيل الحصر - كالحرب وحالة الأحكام العرفية والأسر وصلة الزوجية والخدمة - على غرار ما فعلت بعض تقنينات أجنبية . بل عم الحسك لتحشية مع ما يقضى به العقل ، ولا سيما أن ضبط حدوده من طريق التطبيق غير صعب . وتطبيقاً لهذا الحكم يقف سريان التقادم بين الزوج وزوجه ما بقيت الزوجية قائمة ، وبين المحجور ومن ينوب عنه قانوناً ما بقى قائماً على الإدارة ، وبين الشخص المعنوى ونائبه ما بقيت النيابة قائمة ، وبين الموكل والوكيل فيما يدخل فى حدود التوكيل ، وبين السيد والخادم طوال مدة التعاقد ، لأن بين كل من أولئك وكل من هؤلاء على التوالى صلة تبث على الاحترام والثقة أو الرهبة يستحيل معها على الدائن أديباً أن يطالب بحقه . وتجدر الإشارة إلى أن اتحاد الذمة مانع طبيعى من موانع سريان المدة ، فإذا زال السبب الذى أفضى إلى اجتماع صفتى الدائن والمدين زوالاً مستنداً ، وعاد الدين إلى الوجود ، اعتبر التقادم قد وقف طوال الفترة التى تحقق الاتحاد فى خلالها (١) . »

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٢٩ - وانظر الأستاذ عبد الحى حجازى ٣

يضاف إلى الاعتبارات التي تقدم ذكرها في المذكرة الإيضاحية أن التقنين المصرى ، وقد أخذ مدة التقادم عن الشريعة الإسلامية وجعلها خمس عشرة سنة ، وهى مدة لا تبلغ إلا نصف المدة المقررة في التقنين المدنى الفرنسى ، لم ير بأساً من أن تطول هذه المدة بالعلم الشرعى ، وهو ما أدخلت به الشريعة الإسلامية أيضاً عندما قررت عدم جواز سماع الدعوى على المنكر بعد تركها من غير عذر شرعى (١) . ذلك أن مدة التقادم والعلم الشرعى أمران متلازمان ، وقد أخذ التقنين الجديد فيهما معاً بأحكام الشريعة الإسلامية . وما العلم الشرعى إلا قيام المانع الذى يتعذر معه على الدائن أن يطالب بحقه ، والعلم الشرعى والمانع كلاهما يمكن تقريبه من القاعدة الفرنسية القديمة التى كانت تقضى بوقف التقادم حيث يتعذر على الدائن أن يقطع سريانه .

على أنه من المصلحة أن تضبط ، من ناحية التطبيق ، حدود المانع الذى يتعذر معه على الدائن أن يطالب بحقه . ويجب أن يكون هذا الضبط محكماً ، حتى لا تنفذ ثغرات إلى أحكام التقادم تخل بالأساس الذى قام عليه . فالتقادم إنما شرع لصيانة الأوضاع القائمة المستقرة ، فلا يجوز إهدار هذه الصيانة فى سبيل صيانة مصلحة الدائن عن طريق وقف التقادم . فالأولى مصلحة عامة والأخرى مصلحة خاصة ، والمصلحة العامة تقدم على المصلحة الخاصة . ومن ثم يجب التشدد فى ضبط أسباب وقف التقادم ، « ولا سيما - كما تقول المذكرة الإيضاحية (٢) - أن ضبط حدوده من طريق التطبيق غير حسيه » .

وقد ورد من أسباب وقف التقادم - فى نص التقنين المصرى وفى المذكرة الإيضاحية وفى التقنينات الأجنبية - نقص الأهلية والحجر ، والعلاقة ما بين الأصول والنائب ، والعلاقة ما بين الزوجين ، والعلاقة ما بين الأصول والفروع ، والعلاقة ما بين الشخص المعنوى ومديره ، والعلاقة ما بين المخدم والخادم ، وحالة ما إذا كان الدائن غائباً غيبة اضطرارية فى سفر أو أسر أو نحو ذلك ،

(١) انظر فى التقادم المسقط فى الفقه الإسلامى فى مذاهبه المختلفة وفى مجلة الأحكام العدلية مقال الأستاذ ضياء شيت خطاب المنشور فى مجلة القضاء بعداد السنة الخامسة عشرة ص ٤٥ -

وحالة اتحاد الدمة . وهذه كلها أسباب تتعلق بالشخص : شخص الدائن كما في القصر والحجر والغنية والأسر واتحاد الدمة ، أو العلاقة بينه وبين المدين كما في العلاقة بين الزوجين وبين الأقارب وبين المخلوم والمُحَادَم . وبعض هذه الموانع مادية ، وبعضها موانع أدبية .

وقد تقوم موانع يتعلم معها أن يطالب الدائن بحقه وترجع ، لا لأسباب تتعلق بالشخص ، بل لظروف مادية أقرب ما تكون إلى القوة القاهرة ، كقيام حرب أو نشوب فتنة أو إعلان الأحكام العرفية أو انقطاع المواصلات أو ارتباط الدعوى المدنية بالدعوى الجنائية .

ونستعرض الآن كلا من هذين النوعين من أسباب وقف التقادم في التقنين المدني المصري (١) : (١) أسباب وقف التقادم التي تتعلق بالشخص (٢) وأسباب وقف التقادم التي ترجع إلى ظروف مادية اضطرارية .

(١) وما استحدثه التقنين الجديد من أسباب وقف التقادم يسرى من وقت العمل بهذا التقنين . فإذا كان التقادم سابقاً في ظل التقنين السابق ، ثم جد سبب لوقفه في يوم ١٥ من شهر أكتوبر سنة ١٩٤٩ أو بعد ذلك ، طبقاً لأحكام التقنين الجديد ، فإن التقادم يقف سريانه ، حتى لو لم يكن هذا السبب في عهد التقنين السابق يترتب عليه وقف التقادم . وعكس من ذلك إذا كان هذا السبب قد اقتصرت التقادم في عهد التقنين السابق ، ولم يكن من شأنه أن يقف التقادم طبقاً لأحكام هذا التقنين وإن كان يقفه طبقاً لأحكام التقنين الجديد ، فإنه لا يعتبر واقفاً للتقادم في المدة التي سبقت العمل بالتقنين الجديد .

عل أن القضاء والفقهاء في عهد التقنين السابق كانوا يوصفان في أسباب وقف التقادم إلى حد مشاركة القاعدة الفرنسية التي تقضى بوقف التقادم حيث يتعلق عل الدائن قطع سريانه : استئناف غنطل ٩ ديسمبر سنة ١٨٩٦ م ٩ ص ٥٣ (يقف التقادم بالنسبة إلى دائر مدرج في قائمة التوزيع حتى لو بقيت هذه القائمة مدة طويلة بسبب مدارضات فيها غاصة بدائنين آخرين) - ١٣ مايو سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣٤٢ (وصية تنفذها يتوقف عل الحكم في قضية فيقف التقادم حتى يصدر الحكم) - ٢٧ أبريل سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٣٧٣ (دائر استوفى حقه من طريق تزوج ملكية مال لحيته ، ثم أبطلت إجراءات تزوج الملكية فيعتبر التقادم موقوفاً طوال مدة الإجراءات الباطلة) - ٢٠ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٠٦ - ٢٠ أبريل سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٢١٦ - وانظر أيضاً المرجع المؤلف بقرة ٦٠٥ ص ٦٢٨ - الأستاذ أحمد حشمت أهرست بقرة ٨٤٦ ص ٦٥١ - ص ٦٥٢ .

وأكثر ما يجرى القضاء الفرنسي للقاعدة التي تقضى بوقف التقادم حيث يتعلق عل الدائن ملح سريانه ، إنما يكون عندما يقوم المانع في آخر مدة التقادم ، فتكتمل المدة والمانع لا يزال -

٦٢٤- أسباب وقف التقادم التي تتعلق بالشخص : أهم هذه الأسباب هو السبب المتعلق بتناقص الأهلية والمحجورين . وقد رأينا أن الفقرة الثانية من المادة ٣٨٢ مدنى تنص على أنه « لا يسرى التقادم الذى تزيد مدته على خمس سنوات فى حق من لا تتوافر فيه الأهلية أو فى حق الغائب أو فى حق المحكوم عليه بعقوبة جنائية ، إذا لم يكن له نائب يمثله قانوناً » . فحدد التقادم الذى لا تزيد على خمس سنوات لا يقف سريانها إذن فى حق القصر والمحجورين ، ولو لم يكن لهم من يمثلهم قانوناً من ولى أو وصى أو قيم . والحكمة فى ذلك أن مدد التقادم التى لا تزيد على خمس سنوات يقوم التقادم فيها على اعتبارات يستوى عندها القاصر والمحجور البالغ الرشيد . فالديون الدورية المتجددة تتقادم بخمس سنوات حتى لا تتراكم على المدين قهرقه ، وهذا الاعتبار قائم بالنسبة إلى المدين سواء كان دائته بالغاً رشيداً أو كان قاصراً أو كان محجوراً ، وسواء كان للقاصر والمحجور من يمثله قانوناً أو لم يكن ، فلا يكون القصر أو الحجر فى هذه الحالة سبباً لوقف التقادم . وحقوق أصحاب المهن الحرة تتقادم بخمس سنوات ، والتقادم يقوم على قرينة الوفاء وعدم إرهاب المدين فى وقت

عائلاً . عند ذلك يعتبر هذا المانع قوة قاهرة ، حالت دون أن يتخذ الدائن الإجراءات القانونية المطالبة . أما إذا قام المانع فى وسط مدة التقادم ، ثم زال وبقيت مدة طويلة بعد زواله وقبل أن يكتمل التقادم ، لم يتعد هذا المانع ، ولم يعتبر التقادم موقوفاً أثناء قيامه ، فقد كان عند الدائن مدة طويلة بعد زوال المانع يستطيع فى خلالها المطالبة بمحقه (انظر فى هذا المعنى بلانول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٧٩) . وهذا هو عين ما كان القضاء يجرى عليه فى مصر فى عهد القضاة السابقين . فقد قضت محكمة استئناف مصر بأن المانع الوقتى لا يقف سريان التقادم ، ولكن للقاضى أن يبنى صاحب الحق من الحكم بالتقادم إذا باشر حقوقه بمجرد زوال المانع . أما إذا زال المانع الوقتى ولا يزال أمام الدائن مدة كافية لاستعمال حقه ، وأهل استعماله حتى انتهت جميع المدة ، فإن الحق يسقط بالتقادم (٨ ديسمبر سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٣٧٦ ص ٧٦٢) . وقضت محكمة مصر الوطنية بأن الاستحالة التى تقف سريان التقادم هى الاستحالة المطلقة التى تكون مائة مثلاً كلياً من مباشرة الحقوق كالأسر فى حرب أو إعلان الأحكام العرفية فى البلد . أما إبعاد شخص من الديار المصرية ومنعه من العودة لأسباب سياسية ، فيجب مانعاً وقتياً ، ولا يترتب عليه وقف سريان المدة . ولكن للقاضى أن يبنى صاحب الحق من آثار مضي المدة التى سرت ضده ، إذا باشر حقه بمجرد زوال المانع (١٢ فبراير سنة ١٩٣١ المحبوعة الرسمية ٣٣ رقم ٧٤ ص ١٣٢) .

واحد، وهذه الاعتبارات متوافرة ولو كان الدائن قاصراً أو محجوراً ، على أنه قل أن يكون أحد من أصحاب هذه المهن الحرة قاصراً أو محجوراً . وحقوق التجار والصناع وأصحاب الفنادق والمطاعم والعمال والخدم والأجراء تتقدم بسنة واحدة ، والتقدم يقوم على قرينة الوفاء ، وهذا الاعتبار قائم ولو كان الدائن قاصراً أو محجوراً ، على أنه قل - في غير العمال والخدم والأجراء - أن يكون الدائن قاصراً أو محجوراً . والضرائب والرسوم تتقدم بثلاث سنوات ، والدائن هنا هو الدولة لا يلحقها قصر ولا حجر ، فلا عمل في هذه الحالة لو وقف التقدم . وهناك مدد تقدم أخرى وردت في نصوص متفرقة ، كتقدم دعاوى الإبطال ودعاوى العمل غير المشروع والإثراء بلا سبب والدعوى البوليسية بثلاث سنوات ، وإذا وقف سريان التقدم للقصر أو للحجر في هذه الأحوال لم يتحقق الغرض الذي أراده المشرع من تقصير مدد التقدم ، وهو استقرار الأوضاع بعد انقضاء مدة معقولة (١) . فإذا زادت مدة التقدم على خمس سنوات - وهي لا تكون حينئذ إلا خمس عشرة سنة - وجب التمييز بين ما إذا كان القاصر أو المحجور له نائب يمثل له أو ليس له نائب . ففي حالة ما إذا كان له نائب ، لا يقف سريان التقدم ، وعلى النائب أن يقطع التقدم وأن يطالب بحق محجوره ، وإلا كان هو المسئول نحو المحجور . وهذا حكم استحدثه التقنين المدني الجديد ، أخذاً عن بعض التقنينات الأجنبية ، وتضييقاً من أسباب وقف التقدم باغفال ما لا تقوم الضرورة لتبريره (٢) . أما التقنين السابق فكان يقف سريان

(١) على أن المشروع قد لا حظ حالة القصر أو الحجر في دعاوى الإبطال المبيلة على نقص الأهلية ، فأخر سريان التقدم إلى اليوم الذي يزول فيه نقص الأهلية (انظر الفقرة الثانية من المادة ١٤٠ مدني) . وفعل مثل ذلك في دعوى تكملة الثمن الفين في بيع عقار شخص لا تتوافر فيه الأهلية ، إذ نصت الفقرة الثانية من المادة ٢٦٤ مدني على أن « تسقط بالتقدم دعوى تكملة الثمن بسبب الفين إذا انقضت ثلاث سنوات من وقت توافر الأهلية أو من اليوم الذي يموت فيه صاحب العقار المبيع » .

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « استحدث المشروع حكماً هاماً بشأن وقف التقدم بالنسبة لمدعي الأهلية وناتجها ، فقرر بأن هذا الوقف لا يقع على وجه الإطلاق لمصلحة أولئك وحولاً متى كان لهم من يتوب عنهم قانوناً : انظر المادة ٤٩ » من التقنين البرلماني . ذلك أن النائب يمثل عمل الأصل المحجور ، فيعين عليه أن يتولى أمر المطالبة عنه ، فإذا لم يفعل كان مسئولاً عن ذلك . أما إذا لم يكن لمدعي الأهلية أو ناتجها من يتوب عنه ، =

التقادم ، ولو كان للقاصر أو المحجور نائب يمثله (١) .

وقد يقوم مانع ، غير القصر والمحجور ، يتصلر معه على الدائن أن يطلب بحقه . من ذلك الغيبة الاضطرارية لسجن أو أمر أو نحو ذلك (٢) ، وهذه غير الغيبة المنقطعة التي يقام من أجلها وكيل للغائب والتي تدخل في أسباب المحجور السالفة الذكر . فيقف سريان التقادم ، إلى أن تنهيا للدائن أسباب العودة إلى مباشرة أعماله . وتقرر ما إذا كان هذا المانع يتصلر معه على الدائن أن يطلب بحقه مسألة واقع ، تترك لتقدير قاضي الموضوع دون محجب عليه من محكمة النقض (٣) .

وحالة اتحاد اللمة مانع طبيعي من أن يطلب الدائن بحقه ، كما تقول المذكورة الإيضاحية (٤) . فإذا ما زال سبب اتحاد اللمة ، وانفصلت صفة الدائن عن صفة المدين بأثر رجعي ، فهذا الأثر الرجعي لا شأن له بما وقف

= فمتدلة يقف سريان مدة التقادم باللمة له ، ما لم تكن المدة خمس سنوات أو أقل . ويشمل هذا الحكم الغائب والمحكوم عليه بمقوية مقيدة الحرية . فالواقع أن الغرض من التقادم الخمسي هو دهر خطر تراكم الديون الدورية المتجددة ، وليس يتأثر هذا الغرض بما يتصل بشخص الدائن من أوصاف ولو كان القصر من بينها . ثم إن ما يسقط من الحقوق بالقضاء خمس سنوات يتهاون بها مع التسليم بوقف سريان المدة ... أما التقادم المحول فقد يبين حل قربة الوفاء ، وهي تظل سليمة الدلالة ولو كان الدائن قاصراً (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٢٨ - ص ٣٢٩) .

(١) فإذا كان للقاصر أو المحجور نائب يمثله ، ووقف سريان التقادم في عهد التفتين المدني السابق ، اعتبر التقادم موقوفاً إلى يوم نفاذ التفتين المدني الجديد . ومنذ هذا اليوم تسري أحكام هذا التفتين ، فيزول سبب الوقف ويعود التقادم إلى السريان في حق القاصر أو المحجور ما دام له نائب يمثله . أما إذا لم يكن للقاصر أو المحجور نائب يمثله ، ووقف سريان التقادم في عهد التفتين المدني السابق ، فإنه يبقى موقوفاً حتى بعد نفاذ التفتين المدني الجديد ، ويستمر موقوفاً إلى أن يمين القاصر أو المحجور نائب يمثله ، فمتدلة يعود التقادم إلى السريان ولو لم يرتفع المحجور لبقاء نقص الأهلية .

- (٢) انظر استئناف مخطط ١٣ ديسمبر سنة ١٩٠٠ م ١٣٢ ص ٥٣ (جندى أسرى في السودان) .
 (٣) أما إفلاس الدائن فليس سبباً لوقف التقادم ، وعلى الاستدراك أن يقوم بطالبة المدين استئناف مخطط ٣ يناير سنة ١٨٩٥ م ٧٣٧ () .
 (٤) انظر آلفاً فقرة ٦٢٣ - وانظر مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٢٩ .

مع سريان التقادم ، ولا تحسب المدة التي قام في خلالها اتحاد اللمة ضمن مدة التقادم (١) .

وقد يكون المانع من أن يطالب الدائن بحقه هي العلاقة القائمة بينه وبين المدين . فالعلاقة ما بين الزوجين مانع أدبي لأى منهما أن يطالب الآخر بحقه ، وإلا تعكر صفو السلام في الأسرة . فوجب وقف سريان التقادم ما دامت علاقة الزوجية قائمة ، ويعود التقادم إلى السريان بمجرد أن تنضم عرى الزوجية لموت أو طلاق أو غير ذلك . وقد قلنا أن التقنين المدني الفرنسي (٢٥٣ م) يشتمل على نص صريح في هذا الحكم (٢) .

والعلاقة ما بين الأصول والفروع هي أيضاً مانع أدبي . وقد يكون مانعاً أدبياً علاقة القرابة أيا كانت ، ما دامت علاقة وثيقة واقرنت بملازمات تؤكد

(١) يوردى وتبييه فقرة ٣٧٨ .

(٢) وقد كان القضاء في عهد التقنين المدني السابق يتردد في جعل علاقة الزوجية سبباً في وقف التقادم . فقد قضت محكمة استئناف مصر بأن مرور الزمن المقتطع للحقوق يسرى بين الزوجين ، بخلاف ما جاء بالقانون الفرنسي للمادة ٢٢٥٣ التي أساسها أن الزوج سق إدارة أموال زوجته بقوة القانون ، فهو وكيل قانوني عنها ، وعلمه الصفة غير مقررة في القانون المصري (٧ ديسمبر سنة ١٩٣٨ المحاماة ١٩ رقم ٢٨٦ ص ٦٩٠) . ولكن محكمة النقض قضت بمد ذلك بأن اعتبار علاقة الزوجية مائلة من المطالبة يلحق أو غير مائلة من الأمور الموضوعية التي تختلف في الدماوى بحسب ظروفها ، والقضاء فيها لا يخضع لرقابة محكمة النقض (نقض مدني ١١ يناير سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٢١ ص ٤٧ - وانظر : استئناف مصر ٩ مايو سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ٤٥ ص ٨٨ - عابدين أول يوليو سنة ١٩١٨ المجهوزة الرسمية ٢٠ رقم ١١ ص ١٢) - أما في التقنين الجديد ، حيث النص صريح في وقف سريان التقادم كلما وجد مانع يتصل به حل المالك أن يطالب بحقه ولو كان المانع أدبياً ، فترى أن تكون علاقة الزوجية في الأصل مانعاً أدبياً من سريان التقادم . فإذا استأجر الزوج مثلاً أرضاً من زوجته ، لم يستطع أن يتسلق بالتقادم انفسه لإسقاط الأجرة المستحقة في ذمتها ما دامت علاقة الزوجية قائمة . ولكن له أن يثبت أنه وفاعها الأجرة بجميع طرق الإثبات ، دون حاجة إلى الكتابة ، بسبب هذه العلاقة نفسها . حل أنه قد يقع أن يتفصل الزوجان ، ويقوم الشقاق بينهما ، مع بقاء الزوجية قائمة ، فلا يعود هناك محل للخشية من تمكير صفو السلام في الأسرة بمد أن تعكر صفو ، لا سيما إذا كانت هناك قضايا مرفوعة بين الزوجين . ففي هذه الحالة يمكن القول بأن سبب وقف التقادم قد زال ، وهذه مسألة واقع لا محقق فيها حل تقدير قاضي الموضوع .

معنى المنع ، كالعلاقة ما بين الأشقاء ، وعلاقة الأعمام والأخوال بأولاد الأخ أو أولاد الأخت . وهذه مسألة واقع يقدرها قاضي الموضوع .

والعلاقة ما بين الخدم والخدام مانع أدبي ، ما دامت علاقة الخدمة قائمة .

والعلاقة ما بين الأصيل والنائب مانع يقف سريان التقادم ، وقد ورد نص صريح في ذلك في الفقرة الأولى من المادة ٣٨٢ مدني ، كما رأينا . ويخل في ذلك العلاقة ما بين الموكل والوكيل ما دامت الوكالة قائمة ، وذلك في حدود أعمال الوكالة (١) . كما تدخل العلاقة ما بين الولى أو الوصى أو القيم بالهجرة ، ما دام الحجر قائماً (٢) . وكذلك تدخل العلاقة ما بين الشخص المعنوى والمدير ، ما دامت صفة الإدارة قائمة به ففى كل هذه الأحوال يقف سريان التقادم في الحقوق التي لأى طرف على الآخر انتظاراً لتصفية العلاقة القائمة ، إذ لا يصح

(١) استئناف مخطط ٢١ يولي سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٨٧ - ٢٧ يولي سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢٥٢ - وحيازة الوكيل للملك موكله تكون حيازة عارضة ، ولا يسرى التقادم المسقط بالنسبة إلى حق الموكل الشخصى في الرجوع على الوكيل إلا من وقت أن يغير الوكيل حيازته من حيازة عارضة إلى حيازة المالك (استئناف مخطط ٩ أبريل سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢١٩) . على أنه إذا قام نزاع بين الوكيل والموكل ، فقد تكدرت العلاقة بينهما ، ولم تعد مالئاً أدبياً من سريان التقادم . ولا يقف التقادم في هذه الحالة قيام نزاع بينهما على عنصر من عناصر الحساب ، إذا كان قد سبق لوكيل تقديم الحساب في قضية أخرى . وقد قضت المحكمة النقض في هذا المعنى بأنه إذا قررت المحكمة أن قيام النزاع بين الموكل والوكيل على عنصر من الحساب بينهما لا يعتبر مالئاً يمنع من المطالبة بتقديم الحساب ويقف مدة تقادم دعوى طلبه ، واستدلت على ذلك بأن الوكيل سبق له تقديم الحساب في قضية أخرى عن مدة سابقة قبل تصفية ذلك النزاع ، فلا يكون حكمها مخالفاً للقانون (نقض مدني ٢١ أكتوبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٢٧ ص ٦٤٥) .

(٢) وإذا استأجر المشرف على الوصية أمين القصر ، فليس له أن يتسكك قبل التصرع بسقوط الحق في الأجرة بمضى خمس سنوات ، لأنه وإن كان بصفته مستأجراً يستفيد من التقادم الخمسى ، إلا أن من واجبه مراقبة الوصية في اتخاذ اللازم نحو الحصول على حقوق القصر ومنع أى إهمال يؤدى إلى سقوط تلك الحقوق أو ضياعها ، وواجبه هذا يتعارض مع استفادته من إهمال الوصية في مطالبة والتسكك بسقوط حقوق القصر بمضى المدة (استئناف مصر ١٥ ديسمبر سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٣ رقم ٤٣١ ص ٨٧٨) .

أن يقاضى أحد الطرفين الآخر مع وجود علاقة بينهما تقوم على الثقة والاثمان (١).
ويقف سريان التقادم في جميع الموانع التي قلعتها ، أيا كانت مدة التقادم ،
خمس سنوات أو أكثر أو أقل ، وذلك فيما عدا القصر والحجر فقد رأينا
أن التقادم لا يقف فيها إلا إذا كانت مدته أكثر من خمس سنوات .

٦٢٥ - أسباب وقف التقادم التي ترجع إلى ظروف مادية

اضطرارية : وقد يرجع المانع ، لا إلى اعتبار يتعلق بالشخص ، بل إلى ظرف
مادى اضطرارى ، أقرب ما يكون إلى القوة القاهرة (٢) ، يتعذر معه على
الدائن أن يطالب بحقه . فيقف سريان التقادم ، أياً كانت مدته ، خمس
سنوات أو أكثر أو أقل (٣) . من ذلك قيام حرب مفاجئة أو نشوب فتنة أو

(١) ولا تمتد علاقة الموظف بالحكومة مالماً أدبياً من شأنه وقف التقادم (محكمة القضاء
الإدارى ٢٠ مايو سنة ١٩٥٣ الهامة ٣٥ رقم ٩١٥ ص ١٧٣٩) . كذلك لا يكون سفار
الوقف من الأسباب القانونية التي تقف سريان التقادم (استئناف مصر ١٠ يوليى سنة ١٩٢٩
الهامة ٩ رقم ٥٩١ ص ١٠٨٧ - المادتان ٥٩٤ و ٦١٩ من قانون المدل والأوصاف) .
(٢) ولم نقل القوة القاهرة ، إذ لا يترط في المانع ما يترط في القوة القاهرة . ويمكن في
المانع أن يقوم دون أن يكون مصدره خطأ الدائن ، حتى يقف سريان التقادم . فيعتبر جهل
الدائن بوجود حقه من غير تقصيره مانعاً يقف التقادم (استئناف مخطط ٢ ديسمبر سنة ١٩٤٣
م ٥٦ ص ١٢) ، وقد لا يكون هذا الجهل قوة القاهرة بالمعنى الدقيق . وقد قضت محكمة النقض
بأن الجهل باقتصاص الحق قد يكون من الأسباب الموقفة للتقادم ، إذا لم يكن ناشئاً عن إهمال
صاحب الحق ولا تقصيره . فإذا كان الحكم قد نفي عن صاحب الحق كل إهمال أو تقصير من جانبيه
في جهله باقتصاص ملكه ، فإنه لا يكون مخطئاً إذ اعتبر مدة التقادم لا تحجب في حقه إلا من
تاريخ علمه بوقوع النقص على ملكه (نقض مدنى ٢٢ أبريل سنة ١٩٤٨ مجموعة ص ٥
رقم ٣٠٣ ص ٦٠٢) . ويلاحظ هنا أن التقادم قد وقف قبل أن يبدأ سريانه (انظر آتياً
فقرة ٦٢٠) .

ومن ثم يحسن فصل الفكرتين - المانع والقوة القاهرة - إحداهما عن الأخرى . والأمر في
تقدير المانع يترك لقاضى الموضوع ، ولا معقب عليه من محكمة النقض (قارن استئناف مخطط
٢٣ يناير سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ٨٠ - وانظر الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ٣٤٢) .
(٣) ومن ذلك ترى أن أسباب الوقف ترد على التقادم أياً كانت مدته ، ولو كانت هذه المدة
خمس سنوات أو أقل ، وذلك فيما عدا الأسباب التي ترجع إلى عدم توافر الأهلية أو النجبة المنقطعة
أو الحكم بعقوبة جنائية فهذه كما رأينا لا تقف سريان التقادم إلا إذا كانت مدته أكثر من
خمس سنوات .

إعلان الأحكام العرفية ، إذا كان شيء من هذا قد منع المحاكم من مباشرة أعمالها ، فلا يتمكن الدائن من المطالبة القضائية بحقه (١) .

ومن ذلك أيضاً انقطاع المواصلات بحيث لا يتمكن الدائن من اتخاذ الإجراءات اللازمة للمطالبة بحقه ، فيقف سريان التقادم لهذا المانع (٢) .
والمسألة مؤكدة إلى تقدير قاضي الموضوع ، ولا معقب على هذا التقدير من محكمة النقض .

ومن ذلك أخيراً ارتباط الدعوى المدنية بالدعوى الجنائية . فقد نصت المادة ١٧٧ مدني على أن ١٠ - تسقط بالتقادم دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه المضرور بحلوث الضرر وبالشخص المسئول عنه . وتسقط مدة الدعوى ، في كل حال ،

(١) انظر للمادة ٢٠٣ من التفتين المدني الألماني .

(٢) ومن الموانع التي رأت محكمة النقض أنها تقف سريان التقادم ، حتى في عهد التفتين المدني السابق ، ما قضت به من إنه إذا باع المدين الدائن شيئاً أداء لديه ثم حكم بطلان هذا البيع ، فإن تقادم الدين يقف إلى صدور الحكم بالبطلان . وإذا أقر البائع (المدين) لشترى (الدائن) بإجازة البيع بعد ذلك ثم قضى بطلان هذه الإجازة ، فهذه الإجازة تقف التقادم إلى أن يقضى ببطلانها (نقض مدني ٣ يناير سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ١٩ ص ٣٧) . ومن ذلك أيضاً ما قضت به من أنه متى كانت المورقة قد أوصت بكل أملاكها المقاربة والمنقولة لبنتها ومن يهين المعلن عليها ، وأقرت في الوصية لمن يهين ، فإنه بحسب الحكم ، ليستقيم قضاؤه برفض الدفع بسقوط حق المعلن عليها في المطالبة ببنيها لمضى خمس عشرة سنة من تاريخ استحقاقه حتى تاريخ المطالبة به ، تقرر أنه قيام الوصية كان مانعاً يستحيل معه على المعلن عليها المطالبة بالدين موضوع الإقرار حتى فصل نهائياً ببطلانها ، متى كان ثابتاً في الحكم أن المقررة أوصت بما أوصت المعلن عليها في مقابل دينها . وتقدير المانع في هذه الحالة موكل أمره بالحكمة الموضوع دون معقب عليها حتى أصبحت على أسباب ساقطة (نقض مدني ١٩ أبريل سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١١٣ ص ٦٩٣) . ومن ذلك أخيراً ما قضت به من أن النزاع على عند أمام القضاء من شأنه وقف سريان التقادم في حق الالتزامات المترتبة على هذا العقد ، لا انقطاعه ، متى كان لم يتوافر سبب من أسباب الانقطاع القانونية (نقض مدني ٢٢ يناير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٥٥ ص ٣٧٥) . أما الدعوى التي رفعها الغير يطلب استرداد الشيء المبيع فلا يتحيز سبباً قانونياً لوقف التقادم الخاص بحق المشتري في التضمينات مقابل ما فاتته من ربح بسبب علم تنفيل عند البيع (نقض مدني ١٦ ديسمبر سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٢٧ ص ٢٩٠) .

بانقضاء خمس عشرة سنة من يوم وقوع العمل غير المشروع . ٢ - على أنه إذا كانت هذه الدعوى ناشئة عن جريمة ، وكانت الدوى الجنائية لم تسقط بعد انقضاء المواعيد المذكورة في الفقرة السابقة ، فإن دعوى التعويض لا تسقط إلا بسقوط الدعوى الجنائية . فلو فرضنا أن جناية وقعت وعلم المجني عليه بها وبالشخص المسئول عنها وقت وقوعها ، فإن الدعوى المدنية بالتعويض تتقدم بثلاث سنوات من وقت وقوع الجناية . ولكن لما كانت الدعوى الجنائية لا تسقط في الجنائيات إلا بعشر سنوات من وقت وقوع الجناية (م ١٥ من قانون الإجراءات الجنائية) ، فلو فصلنا ما بين مدنى التقادم ، لنتج عن ذلك موقف شاذ هو سقوط الدعوى المدنية بثلاث سنوات قبل سقوط الدعوى الجنائية بعشر سنوات . فيكون من الممكن إيقاع عقوبة على الجاني بعد انقضاء ثلاث سنوات إذ تكون الدعوى الجنائية لم تتقدم ، دون التمكن من إلزامه بالتعويض إذ تكون الدعوى المدنية قد تقدمت ، مع أن التعويض أقل خطراً من العقوبة الجنائية . هذا المخطور أراد المشرع أن يتفاداه ، فنص على أن الدعوى المدنية لا تتقدم في هذه الحالة بثلاث سنوات ، بل تبقى قائمة مع الدعوى الجنائية ولا تسقط إلا بسقوطها ، حتى يستطيع المضرور في الوقت الذى يعاقب فيه الجاني أن يتقاضى منه التعويض المدنى (١) . والفروض في كل ذلك أن الدعوى الجنائية لا تزال قائمة ، فتقوم معها الدعوى المدنية ، وتسقط بسقوطها . أما إذا انفصلت الدعوى المدنية عن الدعوى الجنائية ، وانقضت الدعوى الجنائية بصدور حكم فيها ، فقد فصمت حرى الارتباط ما بين مدنى التقادم ، فتستقل الدعوى المدنية بمدة تقدمها الأصل وهى ثلاث سنوات . فاذا فرضنا أن المجني عليه لم يرفع دعوى التعويض أمام محكمة الجنائيات ، بل تربص بالجاني حتى يحكم عليه جنائياً ، ودامت المحاكمة الجنائية أكثر من ثلاث سنوات ثم انتهت بادانة الجاني ، فإنه يكون قد مضى على الدعوى المدنية بالتعويض أكثر من ثلاث سنوات ، فهل تكون قد تقدمت بانقضاء هذه المدة ؟ لا تردد في القول بأن سرعان التقادم بالنسبة إلى الدعوى المدنية يقف طوال المدة التى دامت فيها

(١) الوسيط جزء أول فقرة ٦٢٥ ص ٩٣٩ .

المحاكمة الجنائية ، ولا يعود التقادم إلى السريان إلا عند صدور الحكم النهائي بادانة الجاني أو عند انتهاء هذه المحاكمة بسبب آخر . ذلك أن من حق المجني عليه أن يختار الطريق المدنى دون الطريق الجنائى فى دعواه المدنية بالتعويض . فاذا اختار هذا الطريق ، وقف النظر فى دعواه المدنية أثناء نظر الدعوى الجنائية ، لأن الطريق الجنائى يقف الطريق المدنى (le criminel tient le civil en état) . فهناك إذن سبب لوقف سريان التقادم فى حق الدعوى المدنية ، وهو سبب قانونى ، إذ القانون يمنع نظر الدعوى المدنية أمام المحاكم المدنية أثناء نظر الدعوى الجنائية . ويترب على ذلك أن المجنى عليه يستطيع أن يرفع دعواه المدنية بالتعويض أمام المحاكم المدنية بعد انتهاء المحاكمة الجنائية ، ولا تكون هذه الدعوى المدنية قد تقادمت ، لأن التقادم فى حقها يكون قد وقف سريانه طوال المدة التى دامت فيها المحاكمة الجنائية (١) .

٦٣٦ - المؤتمر الذى يترتب على وقف التقادم : متى وقف

سريان التقادم لسبب أو لآخر من الأسباب التى تقدم ذكرها ، فإن الأمر الذى يترتب على وقف التقادم واضح . ذلك أن المدة التى وقف سريان التقادم فى خلالها لا تحسب ضمن مدة التقادم ، وتحسب المدة السابقة والمدة التالية (٢) . فلو أن الدائن ترك حقه الذى يتقادم بخمسة عشرة سنة دون أن يطالب به المدين

(١) انظر فى أن وقف النظر فى الدعوى للمدنية أمام المحاكم المدنية أثناء نظر الدعوى الجنائية ، بمقتضى القاعدة التى تنص بأن الطريق الجنائى يقف الطريق المدنى ، هو سبب قانونى لوقف سريان التقادم فى حق الدعوى المدنية : وهودى وتوسيه فقرة ٣٧٧ .

(٢) ويذهب بعض الفقهاء فى فرنسا إلى أن قيام مانع من شأنه أن يقف التقادم إنما يقفه إذا قام فى الوقت الذى يوشك فيه التقادم أن يكتمل (أوبرى ورو ٢ فقرة ٢١٤ ص ٤٦٨ - وانظر بلاتويل وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٧٩ . وانظر آنفاً فقرة ٦٢٣ فى الهامش فيما جرى عليه القضاء فى مصر فى عهد التتقين المدنى السابق) . ولكن هذا الرأى لا يمكن الأخذ به فى مصر . حيث النص صريح فى أن المانع أياً كان يقف التقادم . ولم تذكر أسباب محدودة على سبيل الحصر لوقف التقادم كما فعل التتقين المدنى الفرنسى ، مما دعا القضاء والفقهاء فى فرنسا ، فى الموانع التى لم يرد بها نص ، إلى اعتبار هذه الموانع بمثابة القوة القاهرة ، فلا يكون لها أثر إلا إذا قامت فى آخر مدة التقادم ، فتمت الدائن من المطالبة بمحقه قبل اكتمال هذه المدة (بلاتويل وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٧٩ - وانظر الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ٣٤٣ - ص ٣٤٤) .

الثني عشرة سنة ، ثم مات وورثه قاصر لم يعين له نائب يمثله قانوناً ، فوقف سريان التقادم سنتين إلى أن عين للقاصر وصي وعاد التقادم إلى السريان ، فان مدة السنتين التي وقف في خلالها سريان التقادم لا تحسب ، وتحسب الاثنتا عشرة سنة التي تقدمتها . فيبقى للقاصر من وقت تعيين وصي له ثلاث سنوات أخرى - لا سنة واحدة - قبل أن يتقادم حقه (١) .

المبحث الرابع

انقطاع التقادم

(Interruption de la prescription)

٦٢٧ - أسباب انقطاع التقادم وما يترتب عليه من الأثر :

كما يعرض للتقادم أن يقف سريانه للأسباب التي قلناها ، يعرض له أيضاً أن ينقطع بسبب من أسباب الانقطاع . فتكون المدة التي انقضت قبل انقطاع التقادم كأنها لم تكن ولا تدخل في حساب مدة التقادم ، حتى إذا بدأ سريان التقادم من جديد بعد انقطاعه ، يعقب التقادم الذي زال بالانقطاع تقادم جديد تسري عليه الأحكام العامة للتقادم .

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد : « وقد روي أن أثر وقف التقادم أظهر من أن يحتاج إلى نص خاص ، فالفترة التي يقف التقادم في خلالها لا تحسب ضمن المدة المسقط : المادة ٢٠٥ من اللتين المنفي الأولى » (مجموعة الأعمال التصهيرية ٢ ص ٢٢٩) . هذا ولا يقف التقادم ، إذا كان سبب الوقف يتعلق بالشخص ، إلا بالنسبة إلى الشخص الذي قام به هذا السبب ، فلا يستفيد دائن متضامن من قصر دائن متضامن معه لوقف التقادم بالنسبة إلى الاثنتين ، بل يقف التقادم بالنسبة إلى القاصر فقط إذا لم يكن له من يمثله قانوناً (يودري وتيسيه فقرة ٤٦٣) . وإذا وقف سريان التقادم بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامنين ، لم يجوز للدائن أن يتسله به قبل باقي المدينين (م ٢/٢٩٢ مدق) .

وإذا وقف التقادم بالنسبة إلى أحد المدينين في التزام غير قابل للتقسيم ، فإن طوعاً وعلماً تجزئة المثل تقتضي وقف سريان التقادم بالنسبة إلى باقي المدينين (م ٢/٢٩٢ مدق) . وكذلك إذا وقف التقادم لصالح أحد الدائنين في التزام غير قابل للتقسيم ، انقطع بذلك سريان الدائنين نظراً لما تقتضيه طبيعة عدم التجزئة (انظر أيضاً فقرة ٢/٢٩٢ مدق) .

فنبحث إذن مسألتين : (١) أسباب انقطاع التقادم . (٢) الأثر الذي يترتب على انقطاع التقادم .

المطلب الأول

أسباب انقطاع التقادم

٦٢٨ - النصوص القانونية : تنص المادة ٣٨٣ من التقنين المدني

على ما يأتي :

« ينقطع التقادم بالمطالبة القضائية ولو رفعت الدعوى إلى محكمة غير مختصة ، وبالتنبيه ، وبالجزء ، وبالطلب الذي يتقدم به الدائن لقبول حقه في تفليس أو في توزيع ، وبأى عمل يقوم به الدائن للتمسك بحقه في إحدى الدعاوى » .
وتنص المادة ٣٨٤ على ما يأتي :

١ - ينقطع التقادم إذا أقر المدين بحق الدائن إقراراً صريحاً أو ضمناً .
٢ - ويعتبر إقراراً ضمناً أن يترك المدين تحت يد الدائن مالا له موهوناً رهناً حيازياً تأميناً لوفاء الدين (١) » .

(١) تاريخ النصوص :

م ٣٨٣ : ورد هذا النص في المادة ٢٠٠ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا أن المشروع التمهيدى كان يشتمل على عبارة « من غلط مفتقر » بعد عبارة « ولو رفعت الدعوى » . وفي لجنة المراجعة حذفت هذه العبارة ، وأضيفت فقرة ثانية نصها كالآتي : « وينقطع التقادم أيضاً بالإلزام الرسمي » . وأصبحت المادة رقمها ٣٩٦ في المشروع التام . ووافق مجلس النواب على النص . وفي لجنة مجلس الشيوخ حذفت للفقرة الثانية التي أضافتها لجنة المراجعة « لأن ما يقطع التقادم يجب أن يكون التنفيذ أو مقتضاته وليس الإلزام ، ولكي تكون أسباب قطع التقادم أكثر دلالة على رغبة صاحب الحق في اقتضائه وتحفظه لذلك ، فلا يكفي مجرد إرسال إنذار رسمي من حين إلى آخر » . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها لجنة تحت رقم ٣٨٣ (مجموعة الأعمال التوضيحية ٣ ص ٢٣١ - ص ٢٣٤) .

م ٣٨٤ : ورد هذا النص في المادة ٢١٠ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد فيما عدا الفقرة الثانية من المشروع التمهيدى حيث ورد فيها : =

وتقابل هذه النصوص في التقنين المدني السابق المادتين ٨٢ فقرة ثانية / ١١١
٢٦٩/٢٠٥٥ (١) :

وتقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري
المادتين ٣٨٠ - ٣٨١ - وفي التقنين المدني الليبي المادتين ٣٧٠ - ٣٧١ -
وفي التقنين المدني العراقي المادتين ٤٣٧ - ٤٣٨ - وفي تقنين الموجبات والعقود
البناني المادتين ٣٥٧ - ٣٥٨ (٢) .

= ويحظر إقراراً فسخاً أن يترك المدين تحت يد الدائن متقولاً أو مقاراً ... وفي لجنة المراجعة
اكتفى بكلمة « مال » لأنها تشمل المتقول والمقار ، وقيدت بأن المال المرهون يكون ملكاً
للمدين ، وأصبحت المادة رقمها ٣٩٧ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب ، لجلس
الفيروز تحت رقم ٢٨٤ (مجموعة الأعمال التصديرية ٣ ص ٣٣٥ - ص ٣٣٦) .

(١) التقنين المدني السابق م ٨٢ فقرة ثانية / ١١١ : تنقطع المدة المقررة لطلب بوضع اليد
إذا ارتفعت اليد ولو بفعل شخص أجنبي ، وتنقطع المدة المذكورة أيضاً إذا طالب المالك استرداد
حقه بأن كلف واضع اليد بالمضور للمرافعة أمام المحكمة أو نه عليه بالرد تليها ربحاً مستوفياً
لشروط اللازمة ولو لم يستوف المضي دعواه ، إنما يشترط في ذلك عدم سقوط الدعوى
بمضي الزمن .

م ٢٦٩/٢٠٥٥ : القواعد المقررة لطلب بوضع اليد من حيث أسباب انقضاءها أو إيقاف
مراتبها تتبع أيضاً في التخلص من الدين بمضي المدة .

(ويلاحظ على هذه النصوص ما يأتي : ١ - المقصود بالتعليق بالرد تليها ربحاً مستوفياً
الشروط اللازمة هو التعليق : un commandement régulier en la forme . ٢ - أفضل التقنين
السابق ذكر الحيز ، والطلب الذي يتقدم به الدائن لقبول حقه في تقليص أو في توزيع ، وأي
عمل يقوم به الدائن لتسلك بحقه أثناء السير في إحدى الدعاوى . ولكن هذا كله كان معمولاً به
في عهد التقنين السابق ، تطبيقاً للقواعد العامة . ٣ - لم يذكر التقنين السابق ضمن أسباب قطع
التقادم إقرار المدين بحق الدائن ، ولكن هذا الحكم أيضاً كان معمولاً به دون نص في عهد
التقنين السابق . وقد استوفى التقنين الجديد هذا النقص) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٣٨٠ - ٣٨١ (مطابقة للمادتين ٣٨٣ - ٣٨٤ من التقنين
المدني المصري) .

التقنين المدني الليبي م ٣٧٠ - ٣٧١ (مطابقتان للمادتين ٣٨٣ - ٣٨٤ من التقنين
المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٤٣٧ : ١ - تنقطع المدة المقررة لعدم سماع الدعوى بالمطالبة القضائية
ولو رفعت الدعوى إلى محكمة غير مختصة من غلبت مقتضى . فإن طالب الدائن غريمه في المحكمة ولم
تفصل الدعوى حتى مضت المدة ، فإنها تسمع بعدها . ٢ - وكالمطالبة القضائية العطل التي =
(م ٦٩ - الوسيط)

ويخلص من النصوص المتقدمة الذكر أن الأسباب التي تقطع التقادم إما أن تكون صادرة من الدائن وذلك بالمطالبة القضائية أو بما يقوم مقامها (١) ، وإما أن تكون صادرة من المدين وذلك باقراره بحق الدائن .

§ ١ - الأسباب الصادرة من الدائن

٦٢٩ - **المطالبة القضائية** : ينقطع التقادم بمطالبة الدائن المدين بحقه مطالبة قضائية (demande judiciaire) أى بأقامة دعوى بحقه (citation en justice) . فلا بد إذن أن يصل الدائن ، حتى يقطع التقادم ، إلى حد المطالبة القضائية .

== يتقدم به الدائن لقبول حقه في قفيلين أو توزيع ، وبوجه عام أى عمل يقوم به الدائن لتمسك بحقه أثناء السير في إحدى الدعاوى .

م ٤٢٨ : ١ - تنقطع أيضاً المدة المقررة لعدم سماع الدعوى إذا أقر المدين بحق الدائن صراحة أو دلالة ، ما لم يوجد نص بخلاف ذلك . ٢ - ويعتبر المدين قد أقر دلالة بحق الدائن إذا هو ترك تحت يده مالا مروهوناً بالمدين وعن حيازة .

(وللتقنين العراق يفتق في أحكامه مع التقنين المصري : انظر الاستعاذ حسن الفنون في أحكام الالتزام في القانون المدني للعراق فقرة ٣٩٤) .

تقنين للموجبات والمفقد البناني م ٣٥٧ : ينقطع حكم مرور الزمن : ١ - بكل مطالبة قضائية أو غير قضائية ذات تاريخ صحيح من شأنها أن تجعل المدينون في حالة التأخر عن تنفيذ الموجب ، ولو قفمت محكمة لاصلاحية لها أو حكم بفسادها شكلاً . ٢ - بطلب قبول الدائن في قفيلسة المدين . ٣ - بعمل احتياطي يتناول أملاك المدينون أو بريضة ترى إلى ليل الإذن في إجراء عمل من هذا النوع .

م ٣٥٨ : ينقطع مرور الزمن باعترااف المدينون بحق الدائن . (وتختلف أحكام التقنين البناني من أحكام التقنين المصري فيما يأتي : ١ - يكفى التقنين البناني بمجرد الإنذار في التاريخ الصحيح لقطع التقادم . ٢ - ويكفى أيضاً بعمل احتياطي يتناول أملاك المدين أو بريضة ترى إلى ليل الإذن في إجراء عمل من هذا النوع . ٣ - لا تفقد المطالبة القضائية في التقنين البناني أثرها في قطع التقادم ولو حكم بفسادها شكلاً ، وفي مصر تفقد هذا الأثر . أما المطالبة القضائية المقدمة لمحكمة غير مختصة فتنقطع التقادم في كلا التقنينين . هذا ولم يذكر التقنين البناني من أسباب قطع التقادم التخليه والمجز والتقدم في توزيع وأى عمل يقوم به الدائن لتمسك بحقه أثناء السير في إحدى الدعاوى ، ولكن لا شك في أن كل هذه الأعمال تقطع التقادم في لبنان ما دام مجرد الإنذار في التاريخ الصحيح يكفى لقطعه) .

(١) استفتاء مصر ٣ أبريل سنة ١٩٥٢ الهامة ٣٤ رقم ٢٦ ص ٣١ .

فلا تكنى المطالبة الودية ، ولو بكتاب مسجل (١) .

بل ولا يكنى الإنذار الرسمى على يد محضر (٢) (sommaton) . وقد كانت لجنة المراجعة أضافت نصاً يجعل الإنذار الرسمى كافياً لقطع التقادم ، ولكن لجنة مجلس الشيوخ حذفت هذا النص ، لأن ما يقطع التقادم يجب أن يكون التنفيذ أو مقدماته وليس الإنذار ، ولكى تكون أسباب قطع التقادم أكثر دلالة على رغبة صاحب الحق فى اقتضاؤه ونحفزه لذلك ، فلا يكنى مجرد إرسال إنذار رسمى من حين إلى آخر (٣) .

ولا يكنى لقطع التقادم مجرد اتخاذ إجراءات تحفظية ، كطلب وضع الأختام ، وكوضعها بالفضل ، وكقيد الرهن ، وكتعديد القيد (٤) .

كذلك لا يكنى لقطع التقادم المطالبة القضائية أمام قاضى الأمور المستعجلة ، فان الذى يطلبه الدائن من المدين أمام قاضى الأمور المستعجلة إنما هى إجراءات

(١) استئناف مخطوط ١١ مايو سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٣٣٥ - ٢٧ ديسمبر سنة ١٨٩٩ م ١٢ ص ٥٧ - ١٢ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٢٢ .

(٢) قارن استئناف مخطوط ١٩ أبريل سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١٠٦ .

(٣) مجموعة الأعمال التفسيرية ٣ ص ٣٣٤ - وانظر تاريخ نص المادة ٣٨٣ مدق آتاً بقرة ٦٢٨ فى المامش - وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « وليس يكنى مجرد الإنذار لترتيب هذا الأثر ، ولو تولى إعلانه أحد المحضرين . وقد اكتفى المشروع الفرنسى الإيطالى فى قطع التقادم بكل ما يصلح وسيلة لإعذار المدين : للمادة ٢٤٣ ، وهو بهذا يجتزىء بالكتابة أياً كانت صورتها . بيد أن مثل هذا الحكم يكاد يحصل تقادم الديون مستجيلاً » (مجموعة الأعمال التفسيرية ٣ ص ٣٣٢) . ويقال فى تقرير عدم الاكتفاء بالإنذار الرسمى لقطع التقادم إن من وجه إليه هذا الإنذار ليس مشطراً إلى الرد عليه ، فقد يعتقد أنه غير جدى ما دام صاحبه لم يقره فى صورة مطالبة قضائية من شأنها أن تجبر المدين عليه على رفع الدعوى ، وقد يعتقد أن صاحب الإنذار بعد أن كتب من المطالبة من طريق رفع الدعوى قد حذل عن ادعائه بعد أن تبين أنه غير حق فى طلبه (انظر بودى وتيسيه بقرة ٤٧٨) - وانظر : نفس مدق ٢٨ أبريل سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٤٧ ص ٩٩ - استئناف مصر ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٥ الحاماة ٦ رقم ٢٩٩ ص ٤٢٥ - ٨ نوفمبر سنة ١٩٣٩ الحاماة ٢٠ رقم ٢٩٩ ص ٧٧٢ .

وكما لا يكنى الإنذار الرسمى فى قطع التقادم ، كذلك لا يكنى البروتست لأنه ليس إلا إنذاراً من نوع خاص (السيدة ٢٨ يناير سنة ١٩٤٠ المجموعة الرسمية ٤٣ رقم ١٨) .

(٤) أما حجز ما للمدين لدى الغير فيقطع التقادم ، لأنه حجز لا مجرد إجراء تحفظى ، وسرى أن الحجز يقطع التقادم ولو كان حجزاً تحفظياً .

وقتيه عاجلة لا تمس موضوع الحق ، فلا تمس المطالبة القضائية بها تقادم الحق نفسه . و يترتب على ذلك أن دعوى إثبات الحالة لا تقطع التقادم بالنسبة إلى موضوع الحق (١) .

ولا يكفي أيضاً لقطع التقادم طلب المغاغة من الرسوم القضائية ، ولو انتهى الأمر إلى قبول الطلب ، فإن هذا لا يعتبر مطالبة قضائية بالحق ذاته (٢) .

كذلك لا يكفي لقطع التقادم التظلم المرفوع إلى سلطة إدارية ، فإن هذا التظلم لا يعتبر مطالبة قضائية (٣) .

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التصديرية ٣ ص ٣٣٣ - بودى وقسيه فقرة ٤٩٤ - وإذا قضيت المطالبة القضائية أمام القضاء المستجمل ، عن خطأ ، طلبات في موضوع الحق ، أمكن اعتبار المطالبة القضائية في هذه الحالة مطالبة بموضوع الحق مرفوعة أمام محكمة غير مختصة ، تقطع التقادم . وقد يكون من المقبول أن تقطع المطالبة القضائية أمام القضاء المستجمل سريان التقادم إذا قلاها في خلال مدة معينة مطالبة قضائية بالحق أمام محكمة الموضوع ، ولكن هذا الحكم لا يمكن العمل به إلا بموجب نص تقريي ، وهذا النص غير موجود (بودى وقسيه فقرة ٤٩٥) .

(٢) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التصديرية ٣ ص ٣٣٣ - ققض ملفه ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٤ رقم ٧ ص ١٠ - استئناف مصر ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٣١ الأهامة ١٢ رقم ٤٩٠ ص ٩٨٣ - ١٤ نوفمبر سنة ١٩٣٣ الأهامة ١٤ رقم ٢١٨ ص ٤١٨ - ١٣ مايو سنة ١٩٣٤ الأهامة ١٥ رقم ١١٦ ص ٢٣٨ - ٨ نوفمبر سنة ١٩٣٩ الأهامة ٢٠ رقم ٢٩٩ ص ٧٧٢ .

(٣) استئناف غنظط ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٠٠ م ١٣ ص ٩٣ - بودى وقسيه فقرة ٤٧٩ - ولكن المطالبة أمام لجنة إدارية ذات اختصاص قضائي تقطع التقادم . وقد قضت لجنة طعن الضرائب بالقاهرة بأن المشرع لم يقصد بالمطالبة القضائية منها الحق المتعارف عليه ، وإنما قصد كل إجراء قانوني يتضمن إظهار ثبوت الدائن في تمسكه بحقه ضد من يسرى التقادم في مصلحته . ولست المطالبة القضائية مقصورة على التكليف بالمفصور أمام محكمة تتألف من قضاة بالحق الذي قصده قانون استقلال القضاء ، بل يجب أن تمتد إلى المطالبة التي يتضمنها كل تكليف بالمفصور أمام أية هيئة عهد إليها المشرع بنظر خلاف معين ومن اختصاصها إصدار قرار أو حكم ملزم يمكن للتنفيذ بمقتضاه ، تمسكاً مع ما تطورت إليه النظم الاجتماعية والاقتصادية واستحدثت من القوانين الحالية . وإنه بناء على ذلك تكون إحالة الموضوع إلى لجنة الطعن بناء على طلب الطاعن قاطعاً لتقادم ، لأن هذه الإحالة تضمن لا محالة تمسكاً من جانب المصلحة بحقها ، ومعلوم أن التمسك بالحق قاطع لتقادم (أول أبريل سنة ١٩٥٢ الأهامة ٣٣ رقم ٣٩٧ ص ٩٣٩) . وقضت محكمة استئناف مصر بأن لجان التقدير القديمة هي هيئات مختصة في مسائل الضرائب ، =

ولا يكفي لقطع التقادم إبداع شروط البيع دون إعلانها للمدين (١).
وإذا حول الدائن حقه إلى محال له ، فإن إعلان المدين بالحالة ، سواء
صدر من المحيل أو من المحال له ، لا يقطع التقادم (٢).

فالواجب إذن ، لقطع التقادم ، أن يطالب الدائن المدين مطالبة قضائية
بالحق الذي له في ذمته (٣). وتصدر المطالبة القضائية - صحيفة الدعوى -
من الدائن ، أو من نائبه كوكيل أو ولى أو وصى أو قيم أو فوضوى أو دائن
للدائن يستعمل حقوق مدنيته (٤). ولما كان قطع التقادم لا يقتضى عملية التقاضى ،

= وكل إليها المشرع دون غيرها أمر إجراء التقدير لأرباح الشركات غير المساهمة والأفراد ،
وأن ولايتها في ذلك ولاية أصيلة ، وأن رفع الأمر إليها يعتبر مطالبة قضائية تقطع التقادم طبقاً
لمادة ٣٨٣ مدنى ، وأن الخطاب الموصى عليه يعلم الوصول الذى بمقتضاه تحيل مصلحة الضرائب
المحول على لجنة التقدير تكون له قوة الإعلان الذى يتم بالطرق القانونية العادية ، ويقطع التقادم
أن كان لم يكتمل بعد (٣ أبريل سنة ١٩٥٢ الهامة ٣٤ رقم ٢٧ من ٣١) .
وانظر الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ من ٣٤٧ - من ٣٤٨ . وانظر المادة ٢٢٠ من التقنين
للدن الألمانى .

(١) استئناف مخطوط ٢٧ فبراير سنة ١٩٤١ م ٥٣ من ١١٦ . ولا يقطع التقادم محضر
تحديد يوم البيع (استئناف مخطوط ٣٠ ديسمبر ١٩٤٨ م ٦١ من ٤٢) .
(٢) بودرى وتيسيه فقرة ٤٨٠ .

هذا ولا يوجد ما يمنع من أن يطبق الدائن مع المدين على أن التقادم ينقطع بمجرد إعلان
رسمى أو غير رسمى ، أو بأى عمل من الأعمال التى قمنا أنها لا تقطع التقادم ، ويكون الاتفاق
صحيحاً فينقطع التقادم بالعمل الذى اتفقا على أن يكون له هذا الأثر (بلايوك وريير وردوان ٧
فقرة ١٣٦٨) .

(٣) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التصهيرية ٣ من ٣٢٢ -
ويرامى أن المطالبة القضائية تشمل الدعوى والنطق على حد سواء (انظر المادة ١٣٥/٢ من تقنين
الالتزامات السويسرى) .

ولا يؤثر في قطع التقادم أن الدعوى لم تنقذ في الجدول ، لأن كل ما يترتب على عدم تقييدها
إنها لا تنظر في الجلسة الجديدة ، وللمدعى أن يمهّد إعلانها (بنى سوف ٢٥ يولييه سنة ١٩٣٨
الهامة ١٩ رقم ١١٣ من ٢٥١) . والمطالبة القضائية تقطع التقادم ولو لم تعقبها إجراءات
(استئناف مخطوط ٩ يناير سنة ١٩٢٩ م ٤١ من ١٥٩) .

(٤) بودرى وتيسيه فقرة ٤٨٢ - أما إذا كان من رفع الدعوى هو المدين تقسم ، وقد
رفضها على الدائن يطلب الحكم بإبراء ذمته من الدين أو بإبطاله أو بانتفاءه بأى سبب ولو =

بل تكنى فيه أهلية مباشرة الإجراءات التحفظية، لذلك يجوز للقاصر ولن توافر فيه أهلية الإدارة أن يقوم بالمطالبة القضائية التي تقطع التقادم (١). وتوجه المطالبة القضائية إلى المدين الذى ينتفع بالتقادم، أو إلى من يتوب عنه، فلو وجهت المطالبة إلى مستأجر عنده ليست له صفة في تمثيله فإنها لا تقطع التقادم (٢).

== بالتقادم، ورفضت هذه الدعوى، فإنها لا تقطع التقادم (بلايول وريجر وردوان ٧ فقرة ١٣٦١ ص ٧٧٤ - ص ٧٧٥ - وانظر عكس ذلك تعليق لاييه عل حكم محكمة النقض الفرنسية في ١٣ يناير سنة ١٨٧٩ سيرة ٧٩ - ١ - ٤٤١ - ويميز يودرى وتيسيه فقرة ٥٠٩ بين ما إذا كان الحكم يرفض دعوى المدين صدر في حقبة الدائن ودون إبداء دفاع منه فلا يقطع التقادم أو صدر في حضور الدائن وبعد أن أبدى دفاعه فيكون مؤيداً لحقه وقاطعاً للتقادم). وقد قضت محكمة النقض بأن المدين إذا رفع دعوى ببراءة ذمته من الدين، فإن ذلك لا يعتبر منه اعترافاً بالدين، ولا ينقطع التقادم (نقض مدني ١٧ نوفمبر سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٤٤ ص ٤٢٨). وقضت أيضاً بأن رفع الدعوى من المدين ببراءة ذمته من الدين لانقضاءه بالتقادم ينافي باعتباره معترفاً بالدين اعترافاً يقطع عنه التقادم التي لم تكن قد تكاملت: كما أن تسلك الدائن بدية في تلك الدعوى ليس هو التنبية الرسمي المنصوص عليه في المادة ٨٢ من القانون المدني (القديم)، وهو لا يخفى من التنبية ولا عن التنفيذ، لأنها ما وحدها الدائن يصلحان لقطع سريان التقادم (نقض مدني ١٧ يناير سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٤ ص ٥٠). وقضت محكمة استئناف مصر بأن الدعوى التي يرفضها المدين ضد الدائن بسقوط الدين أو بطلانه لا تقطع التقادم (١٣ أكتوبر سنة ١٩٤٠ المجموعة الرسمية ٤٥ رقم ٣٧). وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الدعوى التي يرفضها المدين على الدائن بأن الدين انقضى بالتقادم لا تقطع التقادم حتى لو كان وقت رفع الدعوى لم يتكامل (٣١ أكتوبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٤ - وقارن ٢٠ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ١٤٨ - ١٦ أبريل سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٥٧). وقضت أيضاً بأن الكتاب الذي يرسله أمين النقل إلى صاحب البضاعة يحظره فيه أن يضاهيه أرسلت إلى غير جهتها، وأنه أعطى تعليمات لإرسالها إلى الجهة الصحيحة، ليس من شأنه أن يقطع التقادم أو أن يغير من مبدأ سريانه (١٠ يونيو سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٤٨٥).

(١) قصح المطالبة القضائية من حيث أثرها في قطع التقادم. لكن يجب الاستمرار في التصاضي من التوفر على أهلية للتصاضي، ومن ثم يجب أن يتدخل في الدعوى ولي القاصر لتصحيح الإجراءات ولاستبقائها قائمة. ويجوز لمن له حق إدارة الشركة أن يرفع الدعوى، قبل الحصول على الإذن الواجب من مجلس الإدارة، فيقطع التقادم، ثم يحصل بعد ذلك على الإذن الواجب للاستمرار في الدعوى وتصحيح الإجراءات (يودرى وتيسيه فقرة ٤٨٤).

(٢) لوزان ٣٢ فقرة ٩١ - يودرى وتيسيه فقرة ٤٨٣ - ولا يعتبر البائع مثلاً للمشتري في الدعاوى اللاحقة التاريخ الثابت لمقد البيع (نقض مدني ٢٨ أبريل سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ =

وقد جاء في صدر المادة ٣٨٣ منقًى أنه « ينقطع التقادم بالمطالبة القضائية ولو رفعت الدعوى أمام محكمة غير مختصة ». فإذا أخطأ الدائن ورفع الدعوى على المدين أمام محكمة غير مختصة ، فإن المطالبة القضائية تقطع التقادم بالرغم من عدم اختصاص المحكمة (١) ، وذلك لسببين : (الأول) أن القواعد التي يقوم عليها اختصاص المحاكم قد تكون معقدة في بعض الأحوال ، فليتبس الأمر على الدائن ويرفع الدعوى أمام محكمة غير مختصة عن خطأ مغتفر . وقد كان المشروع التمهيدى يتضمن النص الآتى : « حتى لو رفعت الدعوى عن غلط مغتفر إلى محكمة غير مختصة ». ولكن لجنة المراجعة حذفت عبارة « عن غلط غير مغتفر » (٢) ، فلم يصبح من الضروري أن يثبت الدائن لقطع التقادم أن رفعه الدعوى أمام محكمة غير مختصة كان عن خطأ مغتفر . بل إن مجرد رفع الدعوى ولو أمام محكمة غير مختصة يكتفى لقطع التقادم ، ويفرض القانون أن الدائن لم يرفع الدعوى أمام محكمة غير مختصة إلا عن خطأ مغتفر ، إذ لا مصلحة له في تكبد المصروفات وإضاعة الوقت في رفع الدعوى أمام محكمة غير مختصة إلا إذا كان قد وقع في هذا الخطأ . و (السبب الثانى) أن الدائن ، وقد رفع الدعوى على المدين بطالبيه بحقه ، قد أظهر بذلك نيته المحققة في أنه يريد تقاضى هذا الحق ، ويستوى في ظهور هذه النية أن تكون الدعوى مرفوعة أمام محكمة مختصة أو أمام محكمة غير مختصة ، وهذه النية من جانب الدائن هى الأصل في قطع التقادم (٣) . ويستوى أن تكون المحكمة غير مختصة اختصاصاً محلياً

= رقم ٤٧ ص ٩٩) . وتوجه الدعوى في الوقت إلى ناظره ، وفى التركة إلى أحد الورثة . وقد قضت محكمة النقض بأن دائن الوقت إذا رفع الدعوى ضد ناظر الوقت قطع التقادم (نقض منقًى ١٧ مارس سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٩٧ ص ٧٣٩) . وقضت محكمة سوهاج بأن مطالبة أحد الورثة بدين على التركة بقطع التقادم بالنسبة إلى جميع الورثة (١٥ مارس سنة ١٩٩٢ الحقوق ٧ ص ٢٩) .

(١) استئناف مخطوط ١٧ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣٣٠ .

(٢) مجموعة الأعمال التوضيحية ٣ ص ٣٣٣ - وانظر تلويح نص المادة ٣٨٣ منقًى آنفاً

فقرة ٦٢٨ فى الخامس .

(٣) استئناف مخطوط ١١ ديسمبر سنة ١٩٠٢ م ١٥ ص ٤٢ - ٧ مارس سنة ١٩٣٣ م

٤٥ ص ٩٤ - يوردى وتيسيه فقرة ٤٩٦ .

أو غير مختصة اختصاصاً نوعياً ، ففي الحالتين يتقطع التقادم (١) . وبظل منقطعاً طوال المدة التي تستغرقها الدعوى المقامة ، ثم يسرى من يوم صدور الحكم التهاى يعلم الاختصاص تقادم جديد له صفات التقادم الذى قطع ومدته ويكون خاصاً لنفس القواعد التى تسرى عليه (٢) .

وتنص المادة ٢٢٤٧ من القانون المدنى الفرنسى على أنه : إذا كانت صحيفة الدعوى باطلة لعيب فى الشكل ، أو ترك المدعى الخصومة ، أو جعلها تسقط بمضى المدة ، أو رفضت دعواه ، فإن انقطاع التقادم يعتبر كأن لم يكن (٣) . وليس فى القانون المدنى المصرى مقابل لهذا النص ، ولكن النص ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة ، فيمكن الأخذ بأحكامه فى مصر (٤) .

فصحيفة الدعوى ، أى المطالبة القضائية ، إذا كانت باطلة لعيب فى

(١) ويبدو أن رفع الدعوى إلى محكمة لا ولاية لها (défaut de juridiction) يقطع التقادم لنفس السجين الذين قدمتهما فى رفع الدعوى إلى محكمة لا اختصاص لها ، فسال الولاية أشد تثقيفاً فى بعض الأحوال من مسائل الاختصاص ، ونية الدائن فى المطالبة بالدين محقة (قارب نقض مدنى ٦ أبريل سنة ١٩٢٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٧٦ ص ٥٣٥) . لكن إذا كان عدم ولاية المحكمة أو عدم اختصاصها من الموضوع بحيث لا يكون هناك أى محل ليس ، فالظاهر أن التقادم لا ينقطع . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن رفع الدعوى إبداء إلى محكمة الاستئناف لا يقطع التقادم (١٩ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٤٤) .

(٢) نقض مدنى ١٣ ديسمبر سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٥ رقم ٨ ص ١٣ - وتبقى المادة ٢١٢ من القانون المدنى الألمانى بأن التقادم لا ينقطع بالمطالبة القضائية أمام محكمة غير مختصة إلا إذا رفع الدائن الدعوى أمام المحكمة المختصة فى خلال ستة أشهر من يوم صدور الحكم بعدم الاختصاص أو من يوم سحب القضية من المحكمة غير المختصة .

(٣) وهذا من النص فى أصله الفرنسى : Art. 2247 : Si l'assignation est nulle pour défaut de forme, si le demandeur se désiste de sa demande, s'il laisse périmer l'instance, ou si sa demande, est rejetée, l'interruption est regardée comme non avenue.

(٤) استئناف مختلط ٥ فبراير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٢٠٣ - ٢ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ١٤ - ٢٢ فبراير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٩٧ - ٨ ديسمبر سنة ١٩٣٢ م ٤٥ ص ٦٣ - ٢٢ مارس سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ١٨٠ - أما سقوط الحكم القضائى فلا يقترب عليه لربال أثر القطع المدعى (الذاكرة الإفصاحية للشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٢٢) .

الشكل ، فليس لها وجود قانوني ، ولا يترتب عليها أى أثر ، ومن ثم لا تقطع التقادم (١) .

كذلك إذا كان الدائن ، بعد أن رفع الدعوى على المدين فقطع التقادم ، ترك الخصومة و أعلن منه للمدين على يد محضر ، أو بتقرير منه في قلم الكتاب ، أو ببيان صريح في مذكرة موقع عليها منه أو من وكيله مع اطلاع خصمه عليها ، أو بإبدائه شفوياً بالجلسة وإثباته في المحضر (م ٣٠٨ مرافعات) ، مع ملاحظة وجوب قبول المدين لترك الدائن الخصومة إذا كان المدين قد أبدى طلباته في الدعوى قبل صدور الترك من الدائن (م ٣٠٩ مرافعات) (٢) . فانه و يترتب على الترك إلغاء جميع إجراءات الخصومة بما في ذلك صحيفة الدعوى ، والحكم على التارك بالمصاريف . ولكن لا يمس ذلك الحق المرفوعة به الدعوى (م ٣١٠ مرافعات) . ويخلص من ذلك أنه إذا ترك الدائن الخصومة على النحو الذى قدمناه ، ترتب على هذا الترك إلغاء صحيفة الدعوى وإلغاء ما ترتب عليها من آثار ، ومن ذلك انقطاع التقادم ، فيعتبر هذا الانقطاع كأن لم يكن . ويعتبر التقادم ، الذى كان قد بدأ سريانه ، مستمراً أبداً في السريان . فاذا

(١) استئناف مخطوط ٢٠ يناير سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٠٥ - ٢٦ فبراير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٩٩ - ومع ذلك قارن ١٢ يناير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١٠٥ - وينتقد الفقه الفرنسى التضامى ما بين الحكم للقاضى بأن المطالبة القضائية أمام محكمة غير مختصة تقطع التقادم والحكم للقاضى بأن المطالبة القضائية الباطلة شكلاً لا تقطع التقادم ، مع أن البطلان في الحالة الأولى يرجع إلى الدائن وفي الحالة الأخرى قد يرجع إلى المحضر (ماركاه م ٢٢٤٢ فقرة ٣ - لوران ٣٢ فقرة ٩٧ - جيلوار فقرة ٢٠٩ - وانظر المادة ٣٥٧ من تقنين الموجبات والمفرد الببائى آنفاً فقرة ٦٢٨ في المائش) . ويدافع بودوى وتيسيه عن هذه التفرقة بأن المطالبة القضائية أمام محكمة غير مختصة لا تمنع إطلاقاً من ظهور نية الدائن المحققة في تقاضيه لحقه كاسبق للقبول ، أما المطالبة القضائية الباطلة شكلاً فكثيراً ما يرجع بطلانها إلى غرض هذه النية أو إلى عدم جديتها ، فوجب الرجوع في شأنها إلى الأصل وهو انعدامها وعدم جواز ترتبب أثر غير عليها (بودوى وتيسيه فقرة ٤٩٨ ص ٣٧٦) .

(٢) ونفى المادة ٣٠٩ مرافعات فتقول : ومع ذلك لا يلتزم لاعتراضه (أى اعتراض المدين) على الترك ، إذا كان قد دفع عنهم اختصاص المحكمة ، أو بإحالة القضية إلى محكمة أخرى ، أو بإعلان صحيفة الدعوى ، أو طلب غير ذلك ما يكون المقصد منه منع المحكمة من المضي في سماع الدعوى .

كان التقادم وقت ترك الخصومة قد اكتمل ، فان الحق يسقط بالتقادم . أما إذا كان التقادم لم يكتمل ، فان ترك الخصومة لا يمس الحق المرفوعة به الدعوى ، ولكن التقادم يستمر في سريانه إلى أن يكتمل فيسقط الحق ، أو إلى أن يتقطع بعمل آخر فيتبدى تقادم جديد (١) . على أن ترك الخصومة ، إذا كان سببه رفع الدعوى أمام محكمة غير مختصة ، لا يكون من شأنه أن يلغى الأثر الذي ترتب على صحيفة الدعوى من قطع التقادم ، فقد تقدم القول بأن المطالبة القضائية تقطع التقادم ولو رفعت الدعوى أمام محكمة غير مختصة (٢) .

وإذا قضى بسقوط الخصومة لانقضاء سنة من آخر إجراء صحيح من إجراءات التقاضي دون أن يسار في الدعوى بفعل الدائن أو امتناعه ، وذلك وفقاً للمواد ٣٠١ - ٣٠٣ من تقنين المرافعات ، فان الحكم بسقوط الخصومة - كما تقول المادة ٣٠٤ من تقنين المرافعات - « يترتب عليه سقوط الأحكام الصادرة فيها بإجراء الإثبات وإلغاء جميع إجراءات الخصومة ، بما في ذلك صحيفة الدعوى ، ولكنه لا يسقط الحق في أصل الدعوى ، ولا في الأحكام القطعية الصادرة فيها ولو كانت غيائية ، ولا في الإجراءات السابقة لذلك الأحكام أو الإقرارات الصادرة من الخصوم أو الأيمان التي حلفوها » . ويخلص من هذا النص أن الحكم بسقوط الخصومة يترتب عليه إلغاء صحيفة الدعوى بما ترتب عليها من الآثار ، ومن ذلك قطع التقادم . فيعتبر انقطاع التقادم كأن لم يكن ، وأن التقادم لا يزال سارياً منذ البداية . فان كان قد اكتمل وقت الحكم بسقوط الخصومة ، سقط الحق . وإن كان لم يكتمل ، فان الحكم بسقوط الخصومة لا يسقط الحق نفسه ، ولكن التقادم يستمر في سريانه إلى أن يكتمل فيسقط الحق ، أو إلى أن يتقطع بعمل آخر فيتبدى تقادم جديد (٣) .

(١) وفي التقنين المدني الألماني (٢١٢) ، إذا ترك الدائن الخصومة ، لم يصح انقطاع التقادم كأن لم يكن إلا إذا لم يرفع الدائن دعوى جديدة في خلال ستة أشهر .

(٢) يودى وتيسيه ققرة ٥٠٢ .

(٣) وتنص المادة ١/٣٠٥ مرافعات على أنه « متى حكم بسقوط الخصومة في الاستئناف ، اعتبر الحكم المستأنف انتهائياً في جميع الأحوال » . فإذا كان الحكم الابتدائي الذي أصبح انتهائياً قد قضى برفض طلب الدائن ، فإن انقطاع التقادم الذي كان قد ترتب على صحيفة دعواه الابتدائية يعتبر كأن لم يكن . فلو أن رفض الدعوى الابتدائية كان راجعاً إلى سبب لا يصلح

فاذا وقف السير في الدعوى أكثر من سنة ولم يطلب ذوو المصلحة من الخصوم الحكم بسقوط الخصومة ، انقضت الخصومة في جميع الأحوال بمضي خمس سنوات على آخر إجراء صحيح فيها (٣٠٧ مرافعات) . وانقضاء الخصومة يقع بحكم القانون ، بمجرد انقضاء الخمس السنوات ، دون حاجة إلى صلور حكم بذلك . ومتى انقضت الخصومة على هذا النحو ، فقد ألغيت جميع إجراءاتها ، وألغيت صحيفة الدعوى وما ترتب عليها من الآثار ، ويدخل في ذلك انقطاع التقادم . فيعتبر هذا الانقطاع كأن لم يكن ، وأن التقادم لا يزال سارياً منذ البداية (١) . فان كان قد اكتمل وقت انقضاء الخصومة ، فقد سقط الحق . وإن كان لم يكتمل ، بقی الحق قائماً إلى أن تكتمل المدة فيسقط ، أو إلى أن ينقطع التقادم بعمل آخر فيجديء تقادم جديد .

بقي الفرض الأخير ، وهو زوال انقطاع التقادم برفض الدعوى . وقد يقال مادام الدائن قد رفضت دعواه ، فهو لا يستطيع رفعها من جديد ، وإلا دفعها المدين ، لا باكتمال التقادم بعد أن زال ما أصابه من انقطاع ، ولكن بقوة الأمر المقضى . فلا حاجة إذن إلى البحث في زوال انقطاع التقادم ، واحتمال تكامله بعد هذا الزوال . ولكن الفقه الفرنسي يجب على ذلك بأن هناك أحوالاً يفيد فيها القول بأن التقادم قد زال انقطاعه ، وأنه مستمر في مبرانه منذ البداية . ويتحقق ذلك في الفرضين الآتين : (١) قد يرفع الدائن الدعوى على المدين فيقطع التقادم ، ثم ترفض دعواه لسبب لا يرجع إلى موضوع الحق . فقد ترفض دعواه مثلاً بالحالة التي هي عليها ، فيستطيع رفعها من جديد بعد أن يستوفى الشروط التي كانت غير متوافرة . فاذا رفعت الدعوى الجديدة ، لم يستطيع المدين أن يدفعها بقوة الأمر المقضى ، ولكن له أن يدفعها بالتقادم إذا كان قد تكامل . ولا يستطيع الدائن أن يعترض على ذلك بأن التقادم قد

= موضوع الحق ، وجاز رفع الدعوى من جديد ، أمكن المدين أن يحجج بالتقادم إذا كان قد تكامل . ولا يعترض عليه الدائن بأن التقادم قد انقطع بصحيفة الدعوى الأولى ، فقد زال أثر الانقطاع برفض الدعوى .

(١) استئناف مخطوط ٨ أبريل سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١٤٧ (وانقضاء الخصومة في تقنين المرافعات السابق كان يقع بانقضاء خمس عشرة سنة) .

انقطع برفع الدعوى الأولى ، فإن الدعوى الأولى بعد أن رفضت قد زال أثرها في قطع التقادم (١) . (٢) قد يرفع أحد الدائنين المتضامنين الدعوى على المدين ، فيقطع التقادم ويقيده من ذلك سائر الدائنين المتضامنين (٢) . ثم ترفض الدعوى ، فلا يضار برفعها سائر الدائنين المتضامنين (٣) . فإذا رفع أحد هؤلاء الدعوى على المدين ، لم يستطع هذا أن يدفع الدعوى بقوة الأمر المقضى . وإنما يستطيع أن يدفعها بتقادم الحق ، إذا كانت مدة التقادم قد اكتملت . ولا يستطيع الدائن الذى رفع الدعوى الجديدة أن يعترض بأن التقادم قد انقطع برفع الدعوى الأولى ، فقد زال هذا الانقطاع برفض هذه الدعوى (٤) .

٦٣٠ - التفسير : ويلجأ الدائن إلى قطع التقادم عن طريق المطالبة القضائية ، إذا لم يكن بيده سند واجب التنفيذ . أما إذا كان بيده هذا السند - حكم أو سند رسمى - فإنه لا يرفع دعوى على المدين ، بل يبادر إلى التنفيذ على ماله بموجب السند الذى بيده . ويسبق إجراءات التنفيذ تنييه (commandement) نص عليه تقنين المرافعات ، فهذا التنييه يقطع التقادم (٥) ، وأثره فى ذلك هو نفس الأثر الذى يترتب على رفع الدعوى (٦) .

ويجب أن يكون التنييه صحيحاً حتى يقطع التقادم . كذلك يجب أن يكون صحيحاً السند الواجب التنفيذ الذى يستند إليه التنييه .

ويعقب التنييه عادة التنفيذ ، ويكون بطريق الحجز على أموال المدين .

-
- (١) بوردى وتيسيه فقرة ٥٠٥ .
 (٢) ذلك أن الدائن المتضامن الذى قطع التقادم يصير نائباً عنهم فيما يفيدهم ، فيحجز التقادم قد انقطع لمصلحتهم ثم أيضاً (انظر آنفاً فقرة ١٤٤) .
 (٣) ذلك أن الدائن المتضامن لا يصير نائباً عنهم فيما يضرهم ، فلا يتصل بهم أثر الحكم برفض الدعوى (انظر آنفاً فقرة ١٤٥) .
 (٤) بوردى وتيسيه فقرة ٥٠٤ .
 (٥) استئناف مخطوط ٣ فبراير سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٢٤ - ٢٥ مارس سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ١١ - ٨ مايو سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ١٩٤ .
 (٦) المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التشريعية ٣ ص ٣٢٢ .

ولكن لا يشترط ، حتى يقطع التنييه التقادم ، أن يعقبه الحجز (١) . وإذا ما أعقبه فعلا ، فلا يشترط أن يكون الحجز صحيحاً . فقد يعقب التنييه حجز باطل ، أو لا يعقبه حجز ما ، ومع ذلك يبقى حافظاً لأثره من قطع التقادم . ولكن يسرى في هذه الحالة تقادم جديد ، إذا اكتملت مدته قبل أن ينقطع تقادم الدين (٢) .

ويقوم مقام التنييه في قطع التقادم الإنذار الذى يوجهه الدائن المرتهن لحائز العقار المرهون بالدفع أو التخليه (م ٦٢٦ مرافعات) ، فهو من مقدمات التنفيذ ، والسند الذى يجرى التنفيذ بموجبه هو عقد الرهن الرسمى .

وإذا أراد الحائز تطهير العقار المرهون ، جاز للدائن المرتهن أن يطلب بيع العقار المطلوب تطهيره (م ١٠٦٧ مدنى) ، ويكون الطلب بإعلان يوجه إلى الحائز وإلى المالك السابق . فهذا الاعلان يقوم هو أيضاً مقام التنييه في قطع التقادم بالنسبة إلى دعوى الرهن .

٦٣١ - الحجز وتقضى المادة ٣٨٣ مدنى ، كما رأينا ، بأن التقادم

ينقطع أيضاً بالحجز (saisie) . فالحجز إذن يقطع التقادم ، سواء كان حجزاً تنفيذياً أو حجزاً تحفظياً . غير أن الحجز التنفيذى يسبقه تنييه هو أيضاً يقطع التقادم ، أما الحجز التحفظى فلا يسبقه هذا التنييه ، ومن ثم لا ينقطع التقادم إلا من وقت توقيع الحجز التحفظى بالذات .

ففى التنفيذ على العقار ، يبدأ التنفيذ بالتنييه ، والتنييه يقطع التقادم كما رأينا . ثم يسجل التنييه فى خلال ميعاد معين وإلا اعتبر كأن لم يكن (م ٦١٣ مرافعات) ، وفقد أثره فى قطع التقادم . ويترتب على تسجيل التنييه اعتباران العقار محجوزاً (م ٦١٥ مرافعات) ، فيعود التسجيل وهو بمثابة حجز إلى قطع التقادم مرة أخرى . وتنص الفقرة الثانية من المادة ٦١٥ مرافعات على أن

(١) استئناف مخطوط ٤ مارس سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٢٥٠ - ٨ يناير سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ١٤٣ .

(٢) استئناف مخطوط ٢٣ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣٥١ .

و يسقط هذا التسجيل ويحصل شطبه بمجرد طلبه بعريضة تقدم إلى مكتب الشهر ، إذا لم يقبله خلال المائتين والأربعين يوماً التالية له التأشير على هامشه بما يفيد الإخبار بإيداع قائمة شروط البيع أو صدور أمر قاضى البيوع بمد هذا الميعاد . فاذا شطب التسجيل على هذا النحو ؛ زال أثره في قطع التقادم . ثم إن سقوط التسجيل يجعل التنبية نفسه كأن لم يكن (١) فيزول كذلك أثر التنبية في قطع التقادم . ومن ثم لا يعتبر التقادم قد انقطع لا بالحجز ولا بالتنبية ، ويبقى مستمراً في سريانه منذ البداية (٢) .

وفي الحجز التنفيذي على المنقول ، يسبق الحجز تنبيه (م ٤٩٨ مرافعات) ينقطع به التقادم . ثم يوقع الحجز ، فينقطع به التقادم مرة أخرى . وتنص المادة ٥١٩ مرافعات على أن « يعتبر الحجز كأن لم يكن إذا لم يتم البيع خلال ستة أشهر من تاريخ توقيعه ، إلا إذا كان البيع قد وقف باتفاق الخصوم أو بحكم المحكمة أو بمقتضى القانون . ومع ذلك لا يجوز الاتفاق على تأجيل البيع لمدة تزيد على ستة شهور من تاريخ الاتفاق » . فاذا اعتبر الحجز كأن لم يكن على هذا النحو ، زال أثره في قطع التقادم . ولكن يبقى مع ذلك أثر التنبية الذى

(١) وذلك إذا كان التسجيل قد شطب في وقت لا يتمكن منه الدائن من إعادته في الميعاد القانوني ، أى إذا كان التسجيل قد شطب بعد انقضاء ستين يوماً على إعلان التنبية (م ٦١٣ مرافعات) .

(٢) وقد نصت المادة ٦٣٢ مرافعات على أنه « يجب على قلم الكتاب خلال خمسة عشر يوماً التالية لإيداع قائمة شروط البيع أن يخبر به المدين والمأزول الدائنين الذين سجلوا تلبيةاتهم والدائنين أصحاب الرهون الحيازية والرفسية وحقوق الاختصاص والامتياز الذين قيدت حقوقهم قبل تسجيل التنبية ... » . ثم تنص المادة ٦٣٦ مرافعات على أن « يخطر المحضر الذى قام بإعلان ورقة الإخبار بإيداع قائمة شروط البيع مكتب شهر بمصروف ذلك خلال ثمانية الأيام التالية . ويوقع الموظف المختص على أصل الإعلان بما يفيد علمه بمصروفه ، ويؤشر بذلك على هامش تسجيل التنبية » . وتنص المادة ٦٣٧ على أن « جميع الدائنين المقيدة حقوقهم قبل تسجيل التنبية وجميع الدائنين الذين سجلوا تلبيةاتهم يصبحون ، من تاريخ التأشير بمصروف الإعلان المشار إليه في المادة السابقة ، طرفاً في الإجراءات . ولا يجوز بعد ذلك شطب التسجيلات والتأثيرات المتعلقة بالإجراءات إلا برضاء هؤلاء الدائنين جميعاً أو بمقتضى أحكام نهائية عليهم » .

ويخلص من هذه النصوص أن الدائنين المقيدتين على المقار يصبحون طرفاً في الإجراءات من قسامين ، ومن ذلك الوقت ينقطع التقادم السارى ضدهم بالنسبة إلى حقوقهم (انظر في هذا المعنى بودرى وتيسيه فقرة ٢٣) .

سبق الحجز في قطع التقدّم ، ويعتبر التقدّم الجديد سارياً من وقت هذا التنبيه ، وكان قبل إلغاء الحجز منقطعاً بسبب هذا الحجز (١) .

وفي حيز ما للمدين لدى الغير ، إذا كان الحجز تحفظياً ، ينقطع التقدّم بتوقيع الحجز تحت يد مدين المدين (م ٥٤٧ مرافعات) . ولا يسبق هذا الحجز تنبيه ينقطع به التقدّم قبل ذلك كما رأينا في الحجز التنفيذي ، لأن الدائن يوقع الحجز بمقتضى أمر من قاضى الأمور الوقفية أو بموجب حكم غير واجب النفاذ (م ٥٤٥ مرافعات) . وينقطع التقدّم بهذا الحجز التحفظى ، ليس فحسب بالنسبة إلى الدين الذى فى ذمة المدين للدائن ، بل أيضاً بالنسبة إلى الدين الذى فى ذمة مدين المدين للمدين ، وفى كل هذا الدين لا فيما يعادل دين الدائن فى ذمة المدين فقط (٢) .

٦٣٢ - الطلب الذى يتقدم به الدائن لقبول حقه فى تخليص أو فى توزيع وأى عمل يقوم به الدائن للتمسك بحقه أثناء السير فى امرى الرهاوى : وقد قضت المادة ٣٨٣ مدنى ، كما رأينا ، بانقطاع مدة التقدّم بالطلب الذى يتقدم به الدائن لقبول حقه فى تخليص أو فى توزيع وبأى عمل يقوم به الدائن للتمسك بحقه أثناء السير فى إحدى الدعاوى .

وقد نصت المادة ٢٨٨ من التقنين التجارى على أنه « يجب على المداينين ، ولو كانوا بمنازعين أو أصحاب رهون على عقار أو منقول أو متحصلين

(١) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن الحجز على المقتولات يقطع مدة التقدّم ، ولو لم يتم التنفيذ بسبب رفع دعوى استرداد (١٦ يوتيه سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٢٢ رقم ١٤ ص ٢٤٨) .

(٢) استئناف مصر ٣ يناير سنة ١٩٤٥ المجموعة الرسمية ٤٧ رقم ٢١ - استئناف مخطوط ٢٧ فبراير سنة ١٨٨٩ م ١ ص ٧٢ - ٢٧ مارس سنة ١٨٨٩ م ١ ص ٨٩ - ١٢ يناير سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ١٠٩ - ١٢ يوتيه سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٥٠٤ - وأنظر يودى وتيسيه فقرة ٥٢٠ - وقارن أوبرى ورو ٢ فقرة ٢١٥ هامش رقم ٣٢ - لوران ٣٢ فقرة ١١٦ .

انظر أيضاً فى الحجز التحفظى على المنقول المواد ٦٠١ وما بعدها من تقنين المرافعات . وقارن يودى وتيسيه فقرة ٥١٣ .

على الاختصاص بمقاررات المفلس وفاء لديونهم ، أن يسلموا من تاريخ الحكم بإشهار الإفلاس سنداتهم إلى المحكمة مع كشف بيان ما يطلبونه من المبالغ
فالدائن الذى يتقدم فى تفضيلة مدينه بسند دينه على النحو المتقدم ، يعتبر مطالباً بحقه مطالبة قضائية ، ومن ثم يقطع التقادم (١) . وإذا كان مجرد تقدم الدائن فى تفضيلة مدينه يعتبر مطالبة قضائية بحقه تفضل التقادم ، فمن باب أولى إذا كان الدائن قد تقدم بنفسه طالباً شهر إفلاس مدينه (م ١٩٦ تجارى) ، أو طالباً شهر إعساره (م ٢٥٠ مدنى) ، اعتبر هذا من الدائن مطالبة قضائية بحقه ، ويكون طلب شهر إفلاس المدين أو شهر إعساره قاطعاً للتقادم (٢) . كذلك قبول الدائن فى التفضيلة ، حتى لو يتقدم إليها بنفسه ، يعتبر بمثابة إقرار بحقه ، ويقطع التقادم كما يقطعه إقرار المدين بحق الدائن (٣) .

ويقطع التقادم أيضاً بتقدم الدائن فى توزيع لأموال المدين ، سواء كان تقسماً بالخاصة أو توزيعاً بحسب درجات الدائنين . وقد نصت المادة ٧٣١ من تقنين المرافعات فى صدد التقسيم بالخاصة على ما يأتى : « على كاتب المحكمة ... إعلان الدائنين الحاجزين فى موطن كل منهم المختار المبين بمحاضر المحضر ليقدموا إلى قلم الكتاب خلال ثلاثين يوماً طلباتهم فى التقسيم ومستنداتهم » . ثم نصت المادة ٧٣٣ من تقنين المرافعات على أنه « لا يقبل طلب من أحد بعد مضي ثلاثين يوماً من تاريخ وصول أمر إعلان ، ويسقط حق من لم يتقدم من الدائنين فى التقسيم مهما تكن صفته أو صفة دينه ، وذلك بغير إخلال بحقه فى الرجوع على المتسبب بالتقصينات ، ولا بحقه فى الدخول بدينه فى تقسيم أو توزيع آخر » .
فهذا الطلب الذى يتقدم به الدائن فى التقسيم على النحو المبين فى النصوص المتقدمة الذكر يكون قاطعاً للتقادم ، لأنه يكون بمثابة مطالبة قضائية من الدائن بحقه . وبلاحظ أنه قبل أن ينقطع التقادم بهذا الطلب ، قد انقطع بالحجز ، ولكن الطلب يقطع التقادم من جديد . ونصت المادة ٧٦٤ من تقنين المرافعات

(١) استئناف مخطوط ١٧ ابريل سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٣٦٢ .

(٢) ويرى تقدم جديد إذا لم يحتج الدائن إجراءات من شأنها أن تستبق انقطاع التقادم

الأول (استئناف مخطوط أول فبراير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ١٧٠) .

(٣) يوردى وتيسيه فقرة ٥١٠ .

في صدد التوزيع بحسب درجات الدائنين على أن يقدم الطلب في التوزيع بعريضة يعين فيها الطالب موطناً مختاراً له في البلدة التي بها مقر المحكمة ، مشفوعة بالأوراق المؤيدة للطلب . وكل دائن لا يقدم طلبه في التوزيع على الوجه الصحيح في الميعاد يسقط حقه في الاشتراك في إجراءات التوزيع . . . ١٤٠٠
فهذا الطلب الذي يتقدم به الدائن للاشتراك في التوزيع على النحو المبين في النص المتقدم ، يعتبر منه بمثابة مطالبة قضائية بحقه ، فيقطع التقادم (١) . ولما كان الدائنون الذين يتقدمون بطلباتهم في التوزيع بعضهم دائنون عاديون

(١) وكان القضاء المخطئ في عهد تقنين المرافعات السابق يحمل دخول الدائن في التوزيع قاطعاً للتقدم ، وذلك لأنه كان يوجب إعلان المدين بإجراءات التوزيع . أما القضاء الوطني فلم يكن يوجب هذا الإعلان ، ومن ثم لم يكن دخول الدائن في التوزيع قاطعاً للتقدم .
وقد قضت محكمة الاستئناف المخطئة بأن الدخول في إجراءات التوزيع أمام المحاكم المخطئة يقطع التقادم (استئناف مخطئ ١٣ مارس سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ١٨٥ - ٧ يونيو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤٩٠ - ١٥ يناير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٤٩ - ٢٥ مارس سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٣٠٣ - ١٣ ديسمبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ١١٣ - ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٨٧ - ٣١ أكتوبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٤ - ٢ مارس سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ١٢٠ - ٢٣ يناير سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ٨٠) . ولكن التقدم في توزيع سقط بعد فتحه لا يقطع التقادم (استئناف مخطئ ٢٧ فبراير سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١١٦) .
وقضت محكمة النقض بأن طلب فتح التوزيع لا يوجه قبل المدين ، فهو إذن لا يقطع سريان التقادم (نقض مدني ١٧ فبراير سنة ١٩٣٨ مجموعة ص ٢ رقم ٩٨ ص ٢٩٢) . وقضت كذلك بأنه متى كان المقرر في القضاء المخطئ وجوب إعلان المدين بإجراءات التوزيع لدى المحاكم المخطئة ، صح اعتبار دخول الدائن في التوزيع مطالبة قضائية منه بالدائن قاطعة للتقدم . وإذن متى كان الحكم المعلوم فيه ، إذ قضى برفض الإشكال واستمرار التنفيذ على أساس عدم سقوط الدين المحكوم به بالتقادم ، أقام قضاءه على أن العلاقة بين الطرفين نشأت في ظل القانون المخطئ وهو الذي يحكمها ، بما يتجتمع معه على المحكمة أن تستبدى في قضائها بما جرت عليه أحكام المحاكم المخطئة في شأن النزاع القائم بين الطرفين ، وأن هذا القضاء قد استقر على أن دخول الدائن في توزيع مفتوح ضد مدينه قاطع للتقدم تأسيساً على أن النظام الذي جرى عليه قضاء هذه المحاكم كان يتم إعلان المدين بإجراءات التوزيع وإعلانه بالضرورة للاطلاع على القائمة الموقته ، وأنه لا محل لاتباع قضاء المحاكم الوطنية في هذا الشأن لأن أساس هذا القضاء هو أن المدين لا يعلن بالتوزيع المفتوح أمام المحاكم المذكورة ، فإن ما قرره هذا الحكم هو تطبيق صحيح للأحكام الواجب اتباعها في هذا الخصوص (نقض مدني ٥ يونيو سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٨٥ ص ١١٧٥ - وانظر أيضاً : نقض مدني ١٩ مارس سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٠٢ ص ٦٧٤) .

حاجزون على الثمن وبعضهم دائنون أصحاب رهون أو حقوق امتياز أو حقوق اختصاص ولو لم يكونوا حاجزين ، فإن التقادم يكون قد انقطع لمصلحة الحاجزين منهم بالججز ثم أعيد قطعه بطلب الاشتراك في التوزيع ، وينقطع التقادم لمصلحة أصحاب الرهون أو حقوق الامتياز أو حقوق الاختصاص لأول مرة بالطلبات التي يتقدمون بها للاشتراك في التوزيع .

وقد رأينا أن آخر عبارة في المادة ٢٨٣ مدنى تقضى بانقطاع التقادم بأى عمل يقوم به الدائن للتمسك بحقه أثناء السير في إحدى الدعاوى . ومن هذه الأعمال الطلبات العارضة المقدمة من الدائن إذا كان مدعى عليه ، وتدخل الدائن في دعوى سبق رفعها (١) . فإذا رفع المدين دعوى على الدائن يطالبه فيها بحق له في ذمته ، ورفع الدائن الدعوى مطالباً بحقه الذى له في ذمة مدينه وطالباً بإجراء المناقصة القضائية بين الحق الذى له والدائن الذى عليه ، فإن الدائن بهذا الطلب العارض يكون قد قطع التقادم ؛ لأنه يكون قد تمسك بحقه أثناء السير في إحدى الدعاوى (م ١٥٢ مرافعات) . كذلك إذا تدخل الدائن في دعوى يكون مدينه فيها أحد الخصوم ، مطالباً في تدخله المدين بحقه في ذمته ، فإنه يكون بهذا التدخل قد قطع التقادم ، إذ قد تمسك بحقه أثناء السير في إحدى الدعاوى (م ١٥٣ مرافعات) (٢) .

-
- (١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ من ٢٢٢ .
(٢) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن مواجهة الخصم لنفسه في مراجعته ومذكراته يدينه باعتباره مستحق الأداء تعتبر قائمة للتقادم، بشرط أن تكون مصحوبة بطلب لإزام المدين بالدفع، سواء أكان ذلك في صحيفة الدعوى أم في المرافعة أم في المذكرات (٨ نوفمبر سنة ١٩٢٩ المحاماة ٢٠ رقم ٢٩٩ ص ٧٢٢) . وقضت أيضاً بأن إعلان تعديل الطلبات قاطع للتقادم (٤ مارس سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٤ رقم ١٧٢ ص ٢٤٠) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن إجراءات التنفيذ تقطع التقادم (٩ مارس سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ١٦٥) ، وأن إعلان الحكم الابتدائى بما يتضمنه من طلب الدين يقطع التقادم ولو رفع استئناف عن الحكم (١٥ يناير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٤٩) ، وأن الصلح يقطع التقادم (٣١ يناير سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ١٢٢) ، ولكن الصلح على أحد الطلبات المقدمة في الدعوى لا يقطع التقادم بالنسبة إلى الطلبات الأخرى التي لم يتناولها الصلح وهي مستقلة عن الطلب الأول (٣ أبريل سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢٤٨) . وقضت محكمة استئناف مصر بأن المفاوضات التي تجرى بين الخصوم توصلا لصلح لا تقطع التقادم، إلا إذا اعترف المدين في خلالها بصحة الدين اعترافاً يمكن اعتباره تنازلاً عن التمسك بالتقادم، =

٢٥ - الأسباب الصادرة من المدين - إقراره بحق الدائن

٦٣٣ - تكليف المقررين الصادر من المدين بحسب الدائمين :
 رأينا أن الفقرة الأولى من المادة ٢٨٤ مدني تنص على أن « ينقطع التقادم إذا أقر المدين بحق الدائن إقراراً صريحاً أو ضمناً » . فإذا مضت مدة على استحقاق الدين دون أن يتكامل التقادم ، ثم أقر المدين بأن الدين لا يزال في ذمته ، فإنه يكون بهذا الإقرار قد نزل عما انقضى من مدة . ولما كان النزول عن مدة التقادم كلها بعد تكاملها جائزاً ، كذلك يجوز النزول عن بعض مدة التقادم بعد انقضائها (١) . ويؤدي ذلك إلى انقطاع التقادم الذي كان سارياً وعدم الاعتداد بالمدة التي انقضت ، وابتداء تقادم جديد يسرى من وقت صدور الإقرار .

وليس الإقرار بالدين القاطع للتقادم هو مجرد تقرير الواقع من جانب المدين ، وإلا لكان عملاً مادياً (fait matériel) ، ولما كان من شأنه أن

= مل أن هذه المفاوضات إذا أدت إلى الإقرار بالدين من جانب بعض ورثة المدين فإن الإقرار يكون حجة قاصرة على المقر (٢٨ أبريل سنة ١٩٣٤ الحاماة ١٥ رقم ٨١ من ١٧٣) . وقفت محكمة طرابلس على أنها إذا رفعت دعوى بالمطالبة بإيجار قبل مضي خمس سنوات على استحقاقه وتم الصلح فيها ، فيعتبر التقادم منقطعاً حتى يوم التصديق على محضر الصلح ، وليس من شأن القضاء بطلان محضر الصلح لسبب ما أن يزال أثر الإجراءات السابقة عليه وما ترتب عليها قانوناً من انقطاع التقادم (٩ نوفمبر سنة ١٩٣٣ الحاماة ١٤ رقم ٢٢٣ من ٤٣٢) .

ويذهب الفقه الفرنسي إلى أن تمسك الدائن بحقه في التحكم (compromis) يقطع التقادم كما يقطعه تمسك الدائن بحقه أثناء السير في إحدى الدعاوى (تولونج ققرة ٥٦١ وققرة ٥٩٤ - أوربي ورو ٢ ققرة ٢١٥ - لوران ٣٢ ققرة ١١٩ - جيلوار ققرة ٢٠٢ - يودى وتيسيه ققرة ٥١١ - وانظر أيضاً المادة ٢٢٠ من التقنين المدني الألماني) . ولا مانع من الأخذ بهذا الرأي في مصر ، فإن إجراءات التحكم تنظمها تقنين المرافعات على نحو يجعلها متصلة اتصالاً وثيقاً بالحاكم والإجراءات القضائية ، ويجعل للقضاء إشرافاً عليها (انظر المواد ٨١٨ - ٨٥٠ من تقنين المرافعات) . فيجوز إذن اعتبار تمسك الدائن بحقه في خلال إجراءات التحكم عملاً قاطعاً للتقادم ، ويستتبع تقادم جديد من وقت انتهاء مهمة المحكمين . ويعتبر انقطاع التقادم كأن لم يكن إذا رفض طلب الدائن أو أبطلت إجراءات التحكم (انظر المادتين ٨٤٩ - ٨٥٠ من المرافعات) (١) انظر ما يلي ققرة ٦٦٣ .

يقطع التقادم (١) . فان تقرير المدين أن الدين باق في ذمته ، كأمر واقع ، لا يتعارض في طبيعته مع استمرار سريان التقادم . ولكن الإقرار هنا ينطوى على نزول المدين عن الجزء الذي انقضى من مدة التقادم ، فهو عمل مادي ينطوى على تصرف قانوني (٢) (acte juridique) . وهو كإقرار المدين أمام القضاء ، فقد قدمنا أن الإقرار أمام القضاء واقعة مادية تنطوى على تصرف قانوني هو نزول المقر عن حقه في مطالبة خصمه باثبات ما يدعيه (٣) .

ولما كان الإقرار ، على التكييف الذي قررناه ، ليس نزولاً عن الحق نفسه ، بل نزولاً عن مدة التقادم التي انقضت ، لذلك لا يشترط في المدين الذي صدر منه الإقرار أهلية التصرف في الحق ، بل يكفي أن تتوافر فيه أهلية الإدارة (٤) . فالصبي المميز لإقراره صحيح وقاطع للتقادم ، في حدود أهليته للإدارة (٥) . كذلك يستطيع الولي أو الوصي أو القيم أن يقر بدين في ذمة القاصر أو المحجور ، ويكون لإقراره هذا قاطعاً للتقادم الذي بدأ يسرى في مصلحة القاصر أو المحجور ، بينما هو لا يستطيع أن ينزل عن حق للصغير أو للمحجور ولو باذن المحكمة .

وإقرار المدين بالدين ، على النحو الذي بيناه ، تصرف صادر من جانيه وحده . فلا حاجة لقبول الدائن لهذا الإقرار ، ولا يجوز للمدين بعد الإقرار أن يرجع فيه .

-
- (١) استئناف وطني ٢١ يناير سنة ١٨٩٦ المحقوق ١١ ص ١٩٧ .
(٢) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٦٤ وفقرة ١٣٦٦ ص ٧٧٩ هامش رقم ١ - وقارن سالي في تمليطه على التفتين الملفي الألماني م ٢٠٨ هامش ١ - بودري ونيسيه فقرة ٥٢٨ ص ٣٩٢ - ص ٣٩٣ .
(٣) الوسيط جزء ثان فقرة ٢٤٩ .
(٤) أوبري دور ٢ فقرة ٢١٥ وهاش رقم ٤٥ - جيلوار فقرة ٢٥٢ - بودري ونيسيه فقرة ٥٣٦ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٦٧ - وقارن لوران ٣٢ فقرة ١٢٥ .
(٥) ولكن إقرار المتوهم لا يمتد به في قطع التقادم (قارب نقض مدني ٣ يناير سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ١٩ ص ٢٧) .

٦٣٤ - الإقرار الصريح والإقرار الضمني : وقد يكون الإقرار من المدين بحق الدائن إقراراً صريحاً أو إقراراً ضمناً (١) .

والإقرار الصريح لا يشترط فيه شكل خاص ، فأى تعبير عن الإرادة يفيد معنى الإقرار بالدين يكفي . وقد يكون مكتوباً أو غير مكتوب ، في صورة رسالة أو في غير هذه الصورة ، موجهاً إلى الدائن أو غير موجه إليه . وقد يكون في صورة اتفاق بين المدين والدائن ، أو في صورة اتفاق بين المدين والغبر ، أو صادراً من جانب المدين وحده دون أى اتفاق (٢) .

والإقرار الضمني يستخلص من أى عمل يمكن أن يفيد معنى الإقرار . فيكون الإقرار ضمناً إذا دفع المدين قسطاً من الدين ، أو دفع فوائده ، أو قدم رهناً أو كفالة لضمانه ، أو طلب مهلة للوفاء به ، أو عرض مقاصته في دين مقابل (٣) . وقاضى الموضوع هو الذى يقلدر ما إذا كان العمل الذى صدر من

(١) استئناف مختلط ٨ ديسمبر سنة ١٩٣٢ م ٤٥ ص ٦٣ - ٢ مايو سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٩١ .

(٢) وقد يرد الإقرار الصريح في محضر جرد لحصر تركة الدائن ، أو في إعجاب صادر من المدين دون أن يقبله الدائن ، أو في قبول الدين في تقليصة المدين ، أو في بيع يصدر من المدين الغير مع إنابة المشترى في دفع الثمن للدائن وفاء بالدين ، أو في توكيل يصدر من المدين للغير للوفاء بالدين ، أو في مذكرات يتقدم بها المدين في قضية لا يكون الدائن خصماً فيها ، أو في عقد تسعة ، أو في تصفية شركة ، أو في تصرف قانونى حكم بطلانه دون أن يمس البطلان الإقرار الصريح بالدين الوارد في هذا التصرف (هودى وتيسية فقرة ٥٢٩) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن إقرار المستأجر بالانقضاء المتأخرة من الأجرة والتسديد بدفعها في مهاد حين يقطع التقادم ويسرى تقادم جديد مفعله ١٥ سنة (١٣ ديسمبر سنة ١٨٨٩ م ٢ ص ٢٠٩) - وقضت أيضاً بأنه إذا قضت تسوية لإقراراً بالدين ثم أبطلت التسوية ، بقى الإقرار ظاهراً للتقادم (٢١ يونيو سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٨٧) .

(٣) المذكرة الإيضاحية للمشروع النهيى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٣٥ - ٣٣٦ - وانظر أيضاً المادة ١/١٣٥ من تقنين الالتزامات السويسرى . ويعتبر إقراراً ضمناً مفاوضة المدين للدائن في مقدار الالتزام لا في وجوده ، وعرض المدين حل الدائن تسوية من الالتزام ، وإجراء المدين تسوية مع الغير بقصد الوفاء بالدين . وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن الكتاب الذى يرسله المدين للدائن يطلب مهلة للسداد يقطع التقادم =

المدين ينطوى على إقرار ضمنى ، ولا مقب على تقديره من محكمة النقض (١).

= (٣٠ نوفمبر سنة ١٩٢٥ المجموعة الرسمية ٢٧ رقم ٦٧ ص ١٠٤) . وقفت أيضاً بأن سداد جزء من الدين اعتراف ضمنى به يقطع التضام ، ويضرب على ذلك أن المدين إذا قام بسداد أقساط الدين في خلال سنوات متوالية يكون قد قطع التضام في تاريخ كل دفعة قام بسدادها إلى الدائن وفي كل تاريخ من تواريخ الإيصالات ، وينقطع التضام أيضاً بالنسبة إلى الفوائد في خلال السنوات المتتالية (٣ يناير سنة ١٩٤٥ المجموعة الرسمية ٤٧ رقم ١٢١) . وقفت محكمة الاستئناف المختلة بأن سداد قسط من الدين إقرار ضمنى به يقطع التضام (٢٣ يناير سنة ١٩٩٠ م ٢ ص ٢٢٨) .

ولا يعتبر لإقراراً ضمنياً مجرد أن يذكر الدائن وفاء المدين بقسط من الدين (استئناف مختلط أول مايو سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٣٢) . ورفع الدعوى من البائع ضد المشتري أو مدعى الملكية لا يعتبر لإقراراً ضمنياً بحق الضمان ، إذ يجب ألا يشوب الاعتراف ليس أو تأويل (استئناف مصر ٢٦ مايو سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ١٦٦ ص ٣١٤) . ورد المدين على الدائن يعترف بأصل الدين ويقر في الوقت ذاته برأية ذمته منه لا يقطع التضام ، لأن الإقرار القاطع للتضام هو الإقرار ببقاء الدين في ذمة المدين (استئناف مصر ١١ أبريل سنة ١٩٢٨ المحاماة ٨ رقم ٥٥٠ ص ٩١١) . وإذا عرض المدين أن يدفع مبلغاً على سبيل الصلح ، لم يعتبر هذا العرض لإقراراً ضمنياً بالدين ، إذ أن رغبة المدين في الصلح وحسم النزاع لا يستتصل منها ستماً أنه يقر بالدين في ذمته (نقض فرنسي ١٤ مايو سنة ١٩١٨ دالوز ١٩٢٦ - ١ - ٢٠٤) . والمقاصة القانونية التي تقع بين جزء من الدين ودين مقابل لا تقلد الإقرار الضمني بالجزء الباقي من الدين ، لأن المقاصة القانونية قد تقع بدون إرادة المدين (بودى وتيسيه بقرة ٥٣٠) . وقبول المدين مخالصة من الدائن يحفظ فيها بسائر حقوقه في عبارة عامة مهمة لا يحد اعترافاً ضمنياً من المدين بيمين معين ولا يقطع التضام (بودى وتيسيه بقرة ٥٢٩ ص ٢٩٥) .

(١) وقد نفست محكمة النقض بأن الإقرار القاطع للتضام مسألة واقع لا تخضع لرقابة محكمة النقض (نقض مدني ٨ ديسمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٢١٥ ص ١٥٦٧) . ونفست أيضاً بأن المسائل المتعلقة بانقضاء مدة التضام ستاد عضوها لرقابة محكمة النقض هو التفرة بين ما إذا كان طلع مدة التضام مترتباً على اعتراف واضح اليه أو المدين بالحق المطالب هو به اعترافاً يجب الرجوع في استناده إلى فعل ماضى يختلف على دلالته أو إلى ورقة مقدمة في الدعوى يختلف على دلالتها المبرحة أو الضمنية كذلك ، وبين ما إذا كان مترتباً على ورقة الطلب المقدم للمحكمة بالحق المطالب استرداده أو اقتضاه . في الحالة الأولى لا رقابة لمحكمة النقض ، لأن حكم القاضي فيها يكون مبنياً على ما استنتج من الأفعال أو الأوراق المقدمة المتنازع على دلالتها العقلية . أما في الحالة الثانية فيكون النزاع قائماً على ما لورقة الطلب من الأثر القانوني في قطع التضام ، وعلى متى تكون الورقة قاطعة ، وفيم تكون ، أى على ما اشترطه القانون في ورقة الطلب (demande en justice) من الشرائط القانونية . فيكون فصل القاضي في ذلك فصلاً في مسألة قانونية يخضع فيه لرقابة محكمة النقض (نقض مدني ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٣١ مجموعة محر ١ رقم ٢٢ ص ٢٤) .

وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٣٨٤ مدني ، كما رأينا ، على أنه يعتبر إقراراً ضمنياً أن يترك المدين تحت يد الدائن مالا له مرهوناً رهنًا حيازياً تأمينياً لوفاء الدين . وقد قلنا أن مجرد تقديم رهن تأميناً لوفاء الدين يعتبر إقراراً ضمنياً . أما إذا كان الرهن رهن حيازة ، وكان المرهون مالا مملوكاً للمدين ، فإن ترك المدين ماله في حيازة الدائن تأميناً لوفاء الدين هو إقرار ضمنى مستمر بالدائن . ويبقى هذا الإقرار الضمني المستمر قائماً بعد استحقاق الدين ، مهما طاللت المدة التي مضت على استحقاقه ، ويبقى التقادم منقطعاً ما دام المال المرهون في حيازة الدائن (١) . وهذا بخلاف الرهن الرسمي وحق الاختصاص وحق الامتياز ، فإن ثبوت حق من هذه الحقوق للدائن تأميناً لوفاء بالدائن لا يعتبر إقراراً مستمراً من المدين بدينه . ولا ينقطع التقادم بقيد حق من هذه الحقوق ، ولا بتجديد القيد ، فإن القيد والتجديد أعمال صادرة من الدائن لا من المدين ،

(١) يوردى وتيسيه فقرة ٥٣٠ - ولا يبدأ سريان التقادم الجديد إلا إذا خرج المال المرهون من حيازة الدائن (نقض مدني ١٧ فبراير سنة ١٩٣٨ مجموعة عدد ٢ رقم ٩٦ ص ٢٨٥ - استئناف وطن ٥ أبريل سنة ١٩١٧ المجموعة الرسمية ١٨ رقم ٢/٩١ ص ١٦١ - ١٦ فبراير سنة ١٩٢٢ الحاماة ٢ رقم ١١٧ ص ٣٧٤ - مصر ٨ مارس سنة ١٩٠٤ الاستقلال ٣ ص ٤٧ - استئناف مخطوط ٣١ يناير سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ١٠٥ - ١٦ أبريل سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٣١٣ - ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٣٧ م ٥٠ ص ٦٥ - ٣٦ مارس سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ١٥٣) .

وقد قضت محكمة الاستئناف المخططة أيضاً بأنه إذا قبل المدين أن يترك لدائن المرتهن الانقضاء بالمعار المرهون رهنًا رسمياً والاستيلاء على رهنه لسداد القوائد ، فالاستيلاء على الرهن يقطع التقادم بالنسبة إلى القوائد (استئناف مخطوط ١٥ ديسمبر سنة ١٩٢١ م ٣٤ ص ٥٦) . وقضت كذلك بأن التأمين الذي يودعه المسافر لضمان الأجرة عند المؤجر يعتبر بمثابة أجرة مدفوعة مقدماً ، فلا يسرى في حقها التقادم ، وإنما يسرى على ما يقبض من الأجرة بعد خصم التأمين (استئناف مخطوط ١٧ ديسمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ١٠٦) . ولكنها قضت من جهة أخرى بأن الحبس لا يمنع من سريان التقادم ضد الدين المضمون بالحبس (استئناف مخطوط ١٥ يناير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ١٥٤) . ولعل ذلك يرجع إلى أن الحبس ، بخلاف رهن الحيازة ، لا يميز لدائن أن يتقاضى حقه من غلة العين المحبوسة . ولكن رهن الحيازة يستيق التقادم منقطعاً بمجرد أن العين المرهونة قد خرجت من يد المدين وانتقلت إلى حيازة الدائن ، وفي هذا يشترك الحبس مع رهن الحيازة . أما أن الدائن يتقاضى حقه من غلة العين المرهونة فهذا يقطع التقادم أيضاً ، ولكنته ليس ضرورياً لذلك ، بل يكفي لقطع التقادم انتقال العين إلى حيازة الدائن .

فلا تنطوى على إقرار ضمني من المدين . أما ترك المدين ماله المرهون حيازة في يد الدائن فعمل سلبى صادر من المدين ، ومن ثم يكون منطويا على إقرار ضمني بالمدين (١) .

٦٣٥ - إثبات الإقرار : ولما كان الإقرار واقعة مادية تنطوى على تصرف قانونى ، ويغلب فيها معنى التصرف القانونى كما هو الأمر فى الوفاء ، فإن إثبات الإقرار يخضع للقواعد العامة فى إثبات التصرف القانونى ولو كان من جانب واحد . فيجوز الإثبات بجميع الطرق إذا كانت قيمة الالتزام الذى يراد قطع قضاؤه لا تزيد على عشرة جنيهات ، فإن زادت وجب الإثبات بالكتابة أو بما يقوم مقامها (٢) . وعيه الإثبات يقع على الدائن الذى يدعى انقطاع التقادم .

كذلك إذا استخلص الإقرار الضمنى من تصرفات قانونية ، كوفاء قسط من الدين أو دفع الفوائد أو الوعد بتقديم ضمان ، وجب إثبات هذه التصرفات وفقاً للقواعد العامة المتقدم ذكرها ، فيجب الإثبات بالكتابة أو بما يقوم مقامها إذا زادت قيمة الالتزام على عشرة جنيهات ، ولو كان الجزء الموفى به من الدين

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى : « يرامى أن ترتب وعن الميزة بفرد بأن أثره لا يقتصر على قطع التقادم ، بل يماز ذلك إلى استدامة هذا الأثر ما بقى الشيء المرهون فى يد المرتين . لجرد ترك الدائن للشيء المرهون فى يد المرتين ، وترغيبه لهذا المرتين فى انتضاء حقه من إيراد ، يعتبر إقراراً ضمناً دائماً أو متجدداً : قانون المادة ١٤٥ من تقنين الالتزامات المبررى والمادة ٢٧٥ من التقنين البولوى . أما وجود الرهن الرسمى والامتياز والاختصاص ، وتجدد هذه الحقوق وتجديد قبضها ، فليس من شأنها جبراً قطع التقادم ، لأن المدين لا ينسب إليه فى هذه الحالة أمر مادمى ينطوى على إقرار ضمنى بالمدين ، ويجرد وجود تأمين يكفل حق الدائن لا يمكن فى هذا الشأن » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٢٦) .

(٢) وإذا كانت الورقة التى تتضمن الإقرار بالدين ورقة عرفية ، وجب أن تكون ثابتة التاريخ حتى تسرى فى حق الغير (لوران ٣٢ فقرة ١٣٣ - ماركاديه م ٢٢٤٨ فقرة ١٥ - بودرى وتيسيه فقرة ٥٣٨ ص ٤٥٣) . فلذا أنقضى بالتقادم دين مضمون برهن متقدم ، لم يجز الاحتجاج على دائن مرتين متأخر بأن التقادم قد انقطع باقرار المدين ، فلم ينقضى الدين من أجل ذلك وبقي الرهن المتقدم إضراراً بالدائن المرتين المتأخر ، وذلك ما لم يكن الإقرار بالدين ثابت التاريخ فى وقت لم يكن فيه التقادم قد اكتمل .

أو الفوائد المدفوعة أو الضمان الموعود بتقديمه قيمته أقل من هذا المبلغ (١) .
وقد يثبت الإقرار القاطع للتقادم بسند مؤيد (acte récognitif) ، وهو سند يتضمن إقراراً بحق سبق تلويثه في محرور يسمى بالسند الأصلي (acte primordial) .
وقد سبق بحث السند المؤيد عند الكلام في الإثبات (٢) . وقدمنا هناك أن السند المؤيد يصلح من الناحية القانونية لقطع التقادم ، ومن الناحية العملية لتهيئة دليل للإثبات عند فقد السند الأصلي إذا كان هذا معرضاً للضياع . ويفلب أن يكون ذلك في الديون الطويلة الآجال وفي الإبرادات المؤبدة ، حيث يحتاج الدائن من وقت إلى آخر أن يحصل على سند مؤيد لسنده الأصلي ، فيقطع التقادم ويجدد الدليل (٣) .

المطلب الثاني

الأثر الذي يترتب على انقطاع التقادم

٦٣٦- **النصوص القانونية :** تنص المادة ٢٨٥ من القانون المدني على ما يأتي :

١ - إذا انقطع التقادم بدأ تقادم جديد يسرى من وقت انتهاء الأثر المترتب على سبب الانقطاع ، وتكون مدته هي مدة التقادم الأول .

٢ - على أنه إذا حكم بالدين وحاز الحكم قوة الأمر المقضي ، أو إذا كان الدين مما يتقادم بسنة واحدة وانقطع تقادمه باقرار المدين ، كانت مدة التقادم خمس عشرة سنة ، إلا أن يكون الدين المحكوم به متضمناً لالتزامات دورية

(١) لوران ٣٢ فقرة ١٣٠ وما بعدها - أوبري ورو ٢ فقرة ٢١٥ - بودرى تيسيه فقرة ٥٣٨ .

(٢) الوسيط ٢ فقرة ١٢٩ .

(٣) بلانويول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٦٥ .

متجددة لا تستحق الأداء إلا بعد صدور الحكم (١) .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ١٠٩/٨١ (٢) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة

٣٨٢ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٣٧٢ - وفي التقنين المدني العراقي المادة

٣٤٩ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٣٥٩ (٣) .

ويخلص من النص المتقدم الذكر أنه إذا انقطع التقادم ، زال أثره ، وأصبحت المدة التي انقضت قبل انقطاعه كأن لم تكن ، فلا يمتد بها في حساب

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٢٢ من المشروع التمهيدى على نحو مطابق لما اصطر عليه في التقنين الجديد ، فيما عدا أن المشروع التمهيدى لم يكن يشتمل على عبارة « وانقطع تقادمه بإقرار المدعى » بعد عبارة « إذا كان الدين ما يتقادم بسنة واحدة » الواردة في الفقرة الثانية . وفي لجنة المراجعة أدخل « قيد واجب حل الدين التي تتقادم بسنة واحدة » فهذه إذا انقطع التقادم فيها بإقرار المدعى انقضت حلة التقادم بسنة واحدة ، لأن الإقرار يندم قرينة الوفاء ، أما إذا انقطع التقادم بالمطالبة القضائية فإن مدة التقادم الجديدة تبقى سنة واحدة ، لأن قرينة الوفاء لا تزال قائمة . وأصبحت المادة رقمها ٣٩٨ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٣٨٥ (مجموعة الأعمال الصحفية ٣ ص ٣٣٧ - ص ٢٣٩) .

(٢) التقنين المدني السابق م ١٠٩/٨١ : إذا انقطع التوالى في وضع اليد ، فلا تحسب المدة السابقة على انقطاعه . (ويلاحظ أن هذا الأثر لا ينقطع التقادم الوارد في التقادم المكسب وينطبق أيضاً على التقادم المسقط : م ٢٦٩/٢٠٥ - والحكم واحد في التقنينين الجديد والسابق ، إلا أن التقنين الجديد أكثر صراحةً للأحكام ، فقد حدد مبدأ سريان التقادم الجديد متى ينقطع التقادم الجديد من التقادم المنقطع ، وقد كان هذا معمولاً به في عهد التقنين السابق دون نص) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٢٨٢ (مطابقة للمادة ٣٨٥ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني الليبي م ٣٧٢ (مطابقة للمادة ٣٨٥ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٤٣٩ : ١ - إذا انقضت المدة المقررة لعدم سماح الدعوى ، بدأت

مدة جديدة كالمدة الأولى . ٢ - حل إنه إذا حكم بالدين ، وحاز الحكم درجة البتات ، أو إذا كانت المدة المقررة لعدم سماح الدعوى سنة واحدة وانقضت بإقرار المدعى ، كانت المدة الجديدة خمس عشرة سنة . (والحكم واحد في التقنينين المصري والعراقي . وما ورد في التقنين المصري من جعل الدين المحكوم به ، فيما تضمن من التزامات دورية متجددة لا تستحق الأداء إلا بعد صدور الحكم ، يتقادم بخمس سنوات لا بخمس عشرة سنة ، ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة ، فيؤخذ به في العراق) .

التقادم الجديد الذى يل التصادم المنقطع . وقد سبقت الإشارة إلى ذلك . وفى هذا يختلف انقطاع التقادم عن وقف التقادم ، فقد قدمنا فى وقف التقادم أن المدة التى سبقت الوقف تبقى ويعتد بها وتحسب فى مدة التقادم عند ما يعود إلى السريان بعد زوال سبب الوقف .

ثم إنه إذا زال التقادم المنقطع ، حل محله تقادم جديد يسرى من وقت انتهاء الأثر المترتب على سبب الانقطاع (١) . والأصل أن يكون هذا التقادم الجديد ، فى مدته وفى طبيعته ، مماثلاً للتقادم الأول الذى انقطع ، فيها عدا حالات استثنائية نص عليها القانون . ولا يمتد أثر الانقطاع فى الأصل إلا إلى الدائن الذى قطع التقادم ، وقد يمتد إلى غيره استثناء . ولا يتناول فى الأصل إلا الالتزام الذى انقطع فيه التقادم ، وقد يتناول غيره استثناء أيضاً .

فنبحث إذن المسائل الآتية : (١) مبدأ سريان التقادم الجديد الذى يحل محل التقادم المنقطع . (٢) متى يختلف التقادم الجديد عن التقادم المنقطع . (٣) متى يمتد أثر الانقطاع إلى غير الدائن الذى قطع التقادم . (٤) متى يتناول أثر الانقطاع غير الحق الذى قطع فيه التقادم .

٦٣٧ - مبدأ سريانه التقادم الجديد الذى يحل محل التقادم المنقطع :
قدمنا أن تقادماً جديداً يحل محل التقادم الذى انقطع . ومبدأ سريان هذا التقادم

— تقنين الموجبات والمقود البنائى م ٢٥٩ : إذا انقطع حكم مرور الزمن على وجه قانونى ، فالوقت الذى تصرم قبل وقوع الفعل الذى قطعه لا يدخل فى حساب المدة اللازمة لمرور الزمن . وهذه المدة ، الهابطة على حالها ، تعود تقصرى ميدانياً منذ توقف العمل القاطع لمرور الزمن عن إنتاج مفاعيله . وإذا جرى الاعتراف بالدائن فى حله أو أثبت هذا الدين بحكم ، فالهبة الجديدة لمرور الزمن تبقى عشر سنوات .

(وحكم التقنين البنائى متفق مع حكم التقنين المصرى ، فيما عدا أن الاعتراف المكتوب بالدائن فى التقنين البنائى يحول مدة للتقادم الجديد إلى عشر سنوات — وهى المعادلة لمدة الخمس عشرة سنة فى التقنين المصرى — دون تمييز بين دين ودين . أما فى التقنين المصرى ، فهذا مقصور على الديون التى تتقادم بفترة واحدة وحل ديون أصحاب المهن الحرة التى تتقادم بخمس سنوات) .

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى : « لا يقتصر أثر انقطاع التقادم على المبلولة دون سريان المدة ، بل يجاوز ذلك إلى عموماً انقضى من هذه المدة قبل تحقق سببه ، وهذا هو ما يفرقه عن الوقف ، فإذا كف الإجراء القاطع عن ترتيب أثره ، بدأ سريان تقادم جديد من هذا الوقت » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٣٨) .

الجديد يختلف باختلاف السبب الذى قطع التقادم السابق .

فان كان السبب الذى قطع التقادم السابق هو المطالبة القضائية ، بقى أثر الانقطاع قائماً ما دامت الدعوى قائمة (١) . فان انتهت بحكم نهائى يقضى للدائن

(١) استئناف مخطط ٦ فبراير سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ١٠٨ - ٢٢ ديسمبر سنة ١٨٩٦ م ٩ ص ٦٩ - ٢٢ فبراير سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ١٥٩ - ٦ فبراير سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ٨٨ - ١٧ فبراير سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ١٠٦ - ١٣ مارس سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ١٢٩ - ١٨ ديسمبر سنة ١٩٤٦ م ٥٩ ص ٥٦ .

وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كانت المحكمة ، مع تسليمها برفع الدعوى التى لم تقيد ، لم تفرق بين التقادم المسقط للحق نفسه والتقادم المسقط للدعوى (أى المسقط للمطالبة القضائية) المرفوعة بشأنه ، فاحصرت أن قطع التقادم الخمسى الذى ينشأ عن رفع الدعوى لا يستمر إلا لمدة التقادم المسقط للحق ذاته ، لأنها تكون قد أعطت . إذ أن لكل من تقادم الحق وتقادم الدعوى حكماً خاصاً . فالتقادم الخمسى يقطع برفع الدعوى ، ويظل هذا الانقطاع مسعراً ، ما دام سببه قائماً . وإذا كان سبب الانقطاع هو الدعوى ، فيبقى التقادم منقطعاً إلى أن تسقط هى بالتقادم المسقط لها ومدته ١٥ سنة طبقاً لحكم المادة ٨٢ من القانون المدنى (السابق) ، وفى تقنين المرافعات الجديد المدة خمس سنوات فقط) . وما دامت هذه المدة لم تنقض ، فيبقى أثر الانقطاع قائماً . فإذا تحركت الدعوى فى اثباتها ، فيكون تحريكها صحيحاً لعدم سقوط الحق المرفوعة به (نقض مدنى ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ، رقم ١٦٢ ص ٤٦٠) . وقضت أيضاً بأنه إذا صدر حكم بالدين ، ثم رفع المحكوم له دعوى تزعم ملكية ضد الدين ، وطلب الدائن بمد صدور الحكم بنزع الملكية تعين يوم البيع ، فحينئذى يوم ، وأجل البيع عدة مرات للشر ، ثم استبعدت القضية من الرول لعدم دفع مصاريف للشر ، وظلت مستبعدت حتى طلب الدائن تعين يوم البيع فحينئذى ، ولما لم يحصل لشر قررت المحكمة رفع الدعوى عملاً بالقانون رقم ١٥ لسنة ١٩٣٧ الخاص بحماية الثروة العقارية ، فإن طلب الدائن تعين جلسة البيع ، وتعين القاضي جلسة بناء على هذا الطلب ، وتداول الدعوى فى الجلسات إلى أن استبعدت من الرول ، ثم طلب الدائن تعين جلسة البيع بعد ذلك ، وتأشير القاضي على الطلب بإحالة الدعوى لنظرها أمام قاضى البيوع بالمحكمة التى نقل الاختصاص إليها ، ثم عرض هذا الطلب على قاضى البيوع بالمحكمة المختصة وتعين جلسة بناء على هذا الطلب ، ثم طلب الدائن تعين يوم البيع بعد وقف الدعوى عملاً بقانون حماية الثروة العقارية - كل أولئك لا شك فى أنه من إجراءات دعوى نزع الملكية التى يترتب على حصولها قيام الدعوى ومنع سقوطها بالتقادم ، ما دام لم يفس بين أى إجراء منها والذى يليه ولا على آخر إجراء المدة المسقط للدعوى (نقض مدنى أول مارس سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ، رقم ٢١٧ ص ٥٨٢) . وقضت كذلك بأنه إذا كان يترتب على إعلان صحيفة الدعوى بطلب الفوائد انقطاع التقادم بالنسبة إليها ، فإن أثر هذا الانقطاع يمتد إلى أن يصدر الحكم التالى فى الدعوى . وينبى على ذلك أن مضى المدة من تاريخ صدور الحكم الابتدائى حتى تاريخ استئنافه ، =

بطلباته ، بدأ سريان تقادم جديد من وقت صدور هذا الحكم . وسرى أن مدة هذا التقادم الجديد تكون دائماً خمس عشرة سنة ، ولو كان التقادم السابق مدته أقصر من ذلك . أما إذا انتهت الدعوى برفض طلبات الدائن ، أو ترك الدائن الخصومة ، أو حكم بسقوطها بعد سنة ، أو انقضت بعض خمس سنوات ، فقد قلنا أن ذلك يترتب عليه إلغاء صحيفة الدعوى بما يترتب عليها من الآثار ، ومنها قطع التقادم . فيعتبر انقطاع التقادم كأن لم يكن ، وأن التقادم لا يزال سارياً منذ البداية ، فلا يكون هناك محل للكلام في تقادم جديد محل محله ويسرى من وقت معين (١) . وقد تنهى الدعوى ، إذا رفعت إلى محكمة غير مختصة ، بحكم نهائي بعدم الاختصاص . وفي هذه الحالة تبقى صحيفة الدعوى حافظة لأثرها من قطع التقادم ، فقد قلنا أن المطالبة القضائية تقطع التقادم ولورفعت أمام محكمة غير مختصة (٢) ، ولا يسرى التقادم الجديد إلا من وقت صدور الحكم النهائي بعدم الاختصاص (٣) .

وإن كان السبب الذي قطع التقادم السابق هو التنيه ، فإن التقادم الجديد يسرى فوراً عقب التنيه ، ويبقى سارياً إلى أن يقطعه الحجز الذي يلي التنيه .

والحجز ، إذا كان هو السبب في قطع التقادم السابق ، ينوم أثره في قطع التقادم ما دامت لإجراءاته متعاقبة على النحو الذي قرره القانون ، حتى يصل إلى التقسيم أو إلى التوزيع . فإذا أقلل التقسيم أو التوزيع ، بدأ سريان التقادم الجديد من هذا الوقت .

== مهما طال ما دام باب الاستئناف ما زال مفتوحاً ، لا يترتب عليه سقوط الحق في استئنافه ، كما أن الحق في الفوائد يبق عفوياً بحكم انقطاع المدة برفضه الدعوى الابتدائية . وإن فالحكم الذي يقضى برفض الدفع يسقط حق الاستئناف بالنسبة إلى الفوائد التي لم يقض بها الحكم الابتدائي استناداً إلى أنه ما دام باب الاستئناف مفتوحاً فتعتبر الدعوى المستأنفة حكماً بجميع طلباتها قائمة فلا تسرى أثناءها المدة المقررة لسقوط الحق المطالب به بخمس سنوات ، إذ القاعدة العامة أن طلب الحضور أمام القضاء يحفظ حقوق المعلن بأن يقطع سريان مدة التقادم فيستبدل بالمدة التي كانت سارية من قبل المدة الطويلة المقررة في سقوط جميع الحقوق - هذا الحكم صحيح في القانون ولا غبار عليه (نقض على ١٥ نوفمبر سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٩ ص ٤٨) .

(١) انظر آنفأ فقرة ٦٢٩ .

(٢) انظر آنفأ فقرة ٦٢٩ .

(٣) استئناف مخطوط ١٥ يونيو سنة ١٩٢١ م ٢٢ ص ٢٩٣ .

وإذا كان سبب انقطاع التقادم السابق هو تفليس أو في توزيع ،
بقي أثر الانقطاع قائماً إلى أن تغفل التفليسة أو التوزيع ، وعند ذلك يبدأ سريان
التقادم الجديد .

وكذلك الحال في كل عمل يقوم به الدائن المتمسك بحقه أثناء السير في إحدى
الدعوى ، ففي انتهى الأثر المترتب على هذا العمل ، بدأ سريان التقادم
الجديد . فدعوى المدعى عليه مثلاً يبقى أثرها في قطع التقادم قائماً إلى أن تنتهي
الدعوى بحكم بالقبول أو بالرفض ، أو إلى أن تنتفي الخصومة بالترك أو
بالسقوط ، على النحو الذي قدمناه في دعوى المدعى . والتدخل كذلك يبقى
أثره قائماً في قطع التقادم ، إلى أن ينتهي هذا التدخل (١) .

وإذا كان سبب قطع التقادم هو إقرار المدين بحق الدائن ، بدأ سريان التقادم
الجديد فوراً عقب هذا الإقرار . هذا إلا إذا كان الإقرار مستخلصاً من حالة
مستمرة ، كما إذا كان في يد الدائن على سبيل الرهن الحيازي عين مملوكة
للمدين ، فقد قدمنا أن التقادم يبقى منقطعاً ما دامت العين المرهونة في يد
الدائن ، ولا يبدأ سريان التقادم الجديد إلا عند خروج العين من يده (٢) .

٦٣٨ - متى يختلف التقادم الجديد عن التقادم القديم : والأصل ،
كما قدمنا ، أن التقادم الجديد الذي يحل محل التقادم الذي انقطع يكون مماثلاً
لهذا التقادم السابق في مدته وفي طبيعته (٣) . ويستثنى من هذه القاعدة حالتان ،
يختلف فيهما التقادم الجديد عن التقادم السابق :

(الجالة الأولى) إذا انتهى السبب الذي قطع التقادم السابق بحكم حاز قوة

(١) ينتقطع التقادم ، ويقت منقطعاً طوال الوقت الذي يدوم فيه أثر السبب في انقطاعه .
ويبدو عند ذلك أن التقادم قد انقطع ثم أعقب انقطاعه وقف لسريانه . والصحيح أن التقادم
قد انقطع ، وبقي منقطعاً إلى أن زال أثر السبب في انقطاعه . وواضح أن بقاءه منقطعاً شيء ،
ووقت سريانه شيء آخر (يوردي وتيسيه فقرة ٥٤٣) .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٦٣٤ .

(٣) وقد قضت محكمة الاستئناف المختصة بأن مدة التقادم تبقى كما كانت عندما تعود إلى
السريان بعد أن انقطعت من طريق التنبية (١٠ يناير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٣٦) .

الأمر المقضى أى بحكم نهائى . ففى هذه الحالة ، أياً كانت مدة التقادم السابق ، تكون مدة التقادم الجديد الذى يبدأ سريانه منذ صدور هذا الحكم النهائى خمس عشرة سنة كاملة ، ولو كانت مدة التقادم السابق أقصر كأن كانت خمس سنوات أو ثلاثاً أو ستة واحدة (م ٢/٣٨٥ مدنى) . ذلك أن الحكم النهائى يقوى الالتزام ، ويمده بسبب جديد للبقاء ، فلا يتقدم إلا بانقضاء خمس عشرة سنة من وقت صدور الحكم (١) . فإذا كان هذا الالتزام مما كان تقدمه السابق يقوم على قرينة الوفاء ، كحقوق أصحاب المهن الحرة والتجار والصناع والعمال والخدم والأجراء ، فإن هذه القرينة تزول نهائياً بصدور الحكم مثبتاً الدين فى ذمة المدين . فتكون مدة التقادم الجديد خمس عشرة سنة ، وهى مدة التقادم فى الأصل ، وذلك بعد أن انقضت قرينة الوفاء التى تأسست عليها المدة القصيرة فى التقادم السابق . وحتى لو كان الالتزام دورياً متجدداً ، وصدور حكم نهائى به ، فإن هذا الالتزام يزول عنه صفتا الدورية والتجدد ، فتكون مدة تقدمه هى المدة العادية وهى خمس عشرة سنة (٢) . وقد يتضمن الحكم فوق ذلك التزامات لم تزل عنها صفتا الدورية والتجدد ، كما إذا قضى للمؤجر بالمستحق من الأجرة وما يستجد منها منذ صدور الحكم إلى يوم التنفيذ . فإن الالتزام بالمستحق من الأجرة قد فقد صفتى الدورية والتجدد ، لأنه مستحق يوم صدور الحكم ، فلا يتقدم إلا بخمس عشرة سنة . أما الالتزام بما يستجد من الأجرة إلى يوم

(١) وإدراج الدائن فى قائمة التوزيع وصبرورة هذه القائمة نهائية يكون بمثابة الحكم النهائى بالدائن ، فهى بالنسبة إلى هذا الدين تقدم جديد مدته خمس عشرة سنة (استئناف مخطوط ١٨ سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١٣٥) .

(٢) استئناف مخطوط ٩ أبريل سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢١٨ - ١٣ فبراير سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ٩٤ .

وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه وإن كان الحكم القاضى بالدائن لا يصلح لأن يكون أساساً لنزع الملكية ، لإغفاله النص فى منطوقه على مقدار الدين ، إلا أنه يقترب عليه بالرغم من ذلك تغيير سبب الدين ، فتصبح المدة اللازمة لسقوط الحق هى مدة خمس عشرة سنة ، ولو كان من الممكن قبل صدور الحكم التمسك بسقوط الدين بمضى خمس سنوات إذا كان موضوعه مثلاً ريع حكر (١٧ فبراير سنة ١٩٢٠ الجمهورية الرسمية ٢٢ رقم ٤ ص ٥) . وقضت محكمة استئناف مصر بأن مدة التقادم خمس عشرة سنة بعد صدور حكم نهائى ، مهما كانت مدة التقادم للدائن الأصل (٢٤ أبريل سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ٣٩ ص ٦٠ - ١٦ يونيه سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٢٥٩ ص ٥٢٦) .

التنفيذ ، فيبقى محظوظاً لصفتي الدورية والتجدد بالرغم من صدور حكم به ، لأنه غير مستحق يوم صدور الحكم ، بل هو يستحق على أقطار دورية متجددة ، فيتقدم كل قسط منها بخمس سنوات تسري من الوقت الذي يحل فيه هذا القسط (١) .

(الحالة الثانية) هي ما تنص به الفقرة الثانية من المادة ٣٨٥ مدني ، إذ تقول : « على أنه ... إذا كان الدين مما يتقدم بسنة واحدة وانقطع تقادمه باقرار المدين ، كانت مدة التقادم خمس عشرة سنة » . ونحن نعلم أن الديون التي تتقدم بسنة واحدة هي حقوق التجار والصناع وأصحاب الفنادق والمطاعم والمال والخدم والأجراء (٣٧٨ مدني) . فهذه الحقوق إذا صدر بها حكم ، فالحكم لا يتقدم إلا بخمس عشرة سنة كما سبق القول . ثم إذا انقطع التقادم فيها عن طريق إقرار المدين بها ، فقد انتفت قرينة الوفاء التي يقوم عليها التقادم الجولي ، كما انتفت في جالة الحكم بهذه الحقوق ، فيكون التقادم الجديد الذي يحل محل التقادم المنقطع بالإقرار مدته خمس عشرة سنة (٢) ، كمدة التقادم الجديد الذي يحل محل التقادم المنقطع بالحكم . ولكن إذا انقطع التقادم في هذه الحقوق بغير

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد : « يستبدل التقادم بالقضاء خمس عشرة سنة بالتقدم الخمس كذلك إذا صدر حكم بالدين النوري المتجدد حاز قوة الشيء المحكوم فيه . ذلك أن الدين يتحدد نهائياً بصدور هذا الحكم ، وتزول عنه صفة الحلول الدوري ، فيسقط بانتفاء المدة العادية . فإذا تضمن الحكم فوق ذلك التزامات لم تزل عنها صفتها الدورية ، أي للالتزامات تصبح مسعفة الأداء في المستقبل - كالحكم بما يسحق في المستقبل من الإيجار - ظلت هذه الالتزامات غائصة للتقدم الخمس » (مجموعة الأعمال التفسيرية ٣ ص ٢٣٨) . (٢) انظر في أن تحول مدة التقادم من مدة قصيرة إلى مدة طويلة يقوم في القضاء الفرنسي على فكرة التجديد novation ، وفي انتقاد ذلك : بلانويل وريبير ورومان ٧ فقرة ١٣٧٠ ص ٧٨٢ - ص ٧٨٣ .

وفي من البيان أن الدين إذا جدد فأياً كانت مدة تقادم الدين القديم ، تكون مدة تقادم الدين الجديد مستقلة عنها ، وتكون عادة خمس عشرة سنة تسري من وقت التجديد ، أي من وقت نشوء الدين الجديد . وقد قصت محكمة النقض بأن الأصل في انقطاع التقادم أنه لا يغير مقدار المدة التي حددها القانون لزوال الالتزام ، ما لم يرد نص حل غير ذلك أو يصدر حكم بالدين أو يحصل تجديده . فإذا انقطع التقادم بإقرار المدين ، يكون الحكم في تبديل المدة بسبب الإقرار منوطاً بما يستخلصه قاضي الموضوع من واقع الدعوى عن المقصود بإثبات الالتزام في سنة جديدة ، حل هو من قبيل تجديد الدين أم لا . فإذا تبين له ما ينفي نية التجديد ، وأقام قضاؤه على أسباب مستساعة ، فلا عقب عليه فيه . وكذلك إذا ما ادعى الدائن تجديد الدين يدخره في حساب جاري بينه وبين -

الحكم وبغير إقرار المدين ، كأن ينقطع بالتنبيه أو بالحجز أو بالمطالبة القضائية التي تنتهي إلى حكم بعدم الاختصاص مثلاً أو بالتقدم في تفليس أو توزيع ، فإن التقدم الجديد الذي يحل محل عمل التقدم السابق يكون مماثلاً له في مدته وطبيعته (١) ، فتكون مدة التقدم الجديد ستة واحدة ، ويقوم هذا التقدم الجديد على قرينة الوفاء (٢) .

= معناه ، فإن الممول في هذا أيضاً يكون مل ما يحصله قاضي الموضوع من الوقائع المطروحة عليه من وجود الحساب الجاري أو عدمه (لنفس مدني ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٥٨ ص ٦٨٩) .

لذا انقطع التقدم دون أن ينطوي انقطاعه على تجديد ، ودون أن يكون الانقطاع من طريق الحكم النهائي أو من طريق الإقرار بالدين التي تتقدم بستة واحدة ، فإن الانقطاع ، ولو جاء من طريق الإقرار ، لا يفاير ما بين مدة التقدم الجديد والتقدم السابق (استئناف مدني ١١ ديسمبر سنة ١٩٢٥ المضافة ٢ رقم ٧ ص ١٣) .

(١) استئناف مخطئ ٢٤ أبريل سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ١٨٩ - وقارن بلافول وريبر ورودوان ٧ فقرة ١٣٧٥ ص ٧٨٢ هامش رقم ٢ .

(٢) ولقد ورد تحول مدة التقدم من مدة قصيرة إلى مدة طويلة في مكان آخر في حالة خاصة من حالات إقرار المدين بالدين ، هي حالة تحرير سند بالدين . ففقت الفقرة الثانية من المادة ٣٧٩ مدني بأنه إذا حرر سند بحق من الحقوق المتقضية الأكر - وهي حقوق التجار والصناع وأصحاب الفنادق والمطاعم والمحال والخدم والأجراء التي تتقدم بستة واحدة - فلا يتقدم الحق إلا بانقضاء خمس عشرة سنة ، وقد مر بيان ذلك . وهذا النص يؤكد الحكم العام في صورة خاصة من صورته ، فتتحول الفسنة إلى خمس عشرة سنة إذا أقر المدين بالحق بوجه عام ، وبخاصة إذا أقر به من طريق تحرير سند .

والفقرة الثانية من المادة ٣٧٩ مدني تشمل أيضاً حقوق أصحاب المهن الحرة - الأطباء والصيادلة والمحامين والمختصين والجراء ووكلاء التغطية والسماسة والاساتلة والمعلمين - فتحول مدة التقدم في هذه الحقوق من خمس سنوات إلى خمس عشرة سنة إذا حرر المدين سنداً بها . فلا يكتفى هنا بمجرد الإقرار ، بل يجب أن يكون الإقرار في صورة سند مكتوب . فإذا أقر المدين بالدين شفوياً ، أو كان الإقرار إقراراً ضمنياً ، فانقطع التقدم ، لم تتغير مدة التقدم الجديد ، بل تبقى كدة التقدم السابق لخمس سنوات . وكان الواجب أن تشير الفقرة الثانية من المادة ٣٨٥ مدني إلى هذه الحقوق التي تتحول مدة التقدم فيها من خمس سنوات إلى خمس عشرة سنة إذا حرر بها سند مكتوب ، كما أشارت إلى الحقوق الأخرى التي تتحول مدة التقدم فيها إلى خمس عشرة سنة لصدور حكم بها أو صدور إقرار من المدين . والسبب في عدم الإشارة إليها أنها كانت في المشروع التمهيلي بتقدم بستة واحدة ، فكانت تنسج في الحقوق التي تتحول مدة التقدم فيها من ستة واحدة إلى خمس عشرة سنة لصدور إقرار بها من المدين ، فلم تكن في حاجة إلى إشارة خاصة . ولما عدلت حد (م ٧١ - القوس)

٦٣٩ - متى يمتد أثر الانقطاع الى غير الراس الذي قطع التقادم :

والأصل أن انقطاع التقادم وسريان تقادم جديد على النحو الذي بيناه فيما تقدم لا يتعدى أثره الدائن الذي قطع التقادم (١) . فإذا كان الدين لعدة من الورثة ، ونجزاً عليهم ، وقطع أحدهم التقادم ضد المدين ، لم ينقطع التقادم لمصلحة الورثة الآخرين ، بل يقتصر أثر القطع على الوارث الذي قطع التقادم (٢) . كذلك إذا قطع الدائن التقادم ضد الكفيل ، لم ينقطع التقادم ضد المدين الأصلي (٣) . وإذا قطع التقادم ضد المدين الأصلي ، لم ينقطع التقادم ضد الكفيل (٤) . وإذا قطع الدائن التقادم بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامين ، فإن التقادم لا ينقطع بالنسبة إلى باقي المدينين المتضامين ، وقد نصت الفقرة

= مدة التقادم فيها فارتفعت إلى خمس سنوات ، لم يلاحظ إدخال ما يقتضيه هذا التعديل من تعديل مقابل في نص الفقرة الثانية من المادة ٣٨٥ مدق .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن الأثر المترتب على رفع الدعوى من جهة قطع التقادم لا يمتد من وقتها ومن رفعت عليه . وإذا أسال الدائن أجنبياً بدينه ، فرفع هذا الأجنبي الدعوى بالدين أمام المحكمة المختلة ، فقضت بعدم اعصاصها على أساس أن التحويل صوري ، فاستأنف الحكم ، ثم تنازل عن الاستئناف وطلب شطب الدعوى ، فشكت بالشطب ، ثم رفع الدائن الأصل الدعوى بدينه أمام المحكمة الأهلية ، فدفع المدين بمقروط الحق في المطالبة بفسخ المدة ، فإن رفع الدعوى أمام المحكمة المختلة لا يمكن أن يمتد أثره وانها الأجنبي ، فيقطع التقادم بالنسبة إلى غيره (نقض مدق ٦ أبريل سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٧٦ ص ٥٣٥) .

(٢) كذلك إذا تقادم الدين الذي لأحد الورثة ، لم يستتبع ذلك أن يتقادم الدين الذي للوارث الآخر . وقد نصت المادة ٤٣٦ من التفتين المدق المراق على هذا الحكم صراحة إذ تقول : « إذا ترك بعض الورثة الدعوى بدين مورثهم ، من غير علم ، المدة المقررة ، وكان لباقي الورثة علم شرعي ، سمح دعوى هؤلاء بقدر حصصهم من الدين » . ويخلص من ذلك أيضاً أن وقف سريان التقادم بالنسبة إلى حصص بعض الورثة لا يقفه بالنسبة إلى حصص الآخرين .

(٣) ويترتب على ذلك أن التقادم قد لا يكتمل بالنسبة إلى الكفيل بسبب انقطاعه ، ويكتمل التقادم بالنسبة إلى المدين الأصلي إذ هو لم ينقطع بانقطاع التقادم ضد الكفيل . فمنه ذلك يسقط دين المدين الأصلي بالتقادم ، ويسقط تبعاً له التزام الكفيل بالرغم من عدم تقادمه ، إذ هو التزام تبعي يسقط بسقوط الالتزام الأصلي (يودى وتيسيه فقرة ٥٦٦) .

(٤) وقد قضت محكمة النقض بأن مطالبة المدين واستصدار حكم عليه بالدين لا يغير مدة التقادم بالنسبة إلى الكفيل المتضامن إذا كان لم يطالب ولم يحكم عليه منه (نقض مدق ٦ يولييه سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٦٧ ص ٢٣٩) . انظر عكس ذلك المادة ٢٢٥٠ من التفتين المدق الفرنسي ، وينتقد الفتحة الفرنسية ما ورد في هذا النص (يودى وتيسيه فقرة ٥٦٥) .

الثانية من المادة ٢٩٢ مدني صراحة على هذا الحكم ، فقالت : « وإذا انقطعت مدة التقادم أو وقف سريانه بالنسبة إلى أحد المدينين التضامنين ، فلا يجوز للدائن أن يتمسك بذلك قبل باقي المدينين (١) » .

ولكن يستثنى من ذلك حالة ما إذا كان أحد الدائنين التضامنين ، قد قطع التقادم ضد المدين ، فإن هنا يفيد باقي الدائنين التضامنين ، ويقطع التقادم لمصلحتهم هم أيضاً ضد المدين (٢) .

٦٤٠ - متى ينقضي أثر الانقطاع غير الحق الذي قطع فيه

التقادم : والأصل أيضاً أن انقطاع التقادم لا يتناول إلا الحق الذي قطع فيه التقادم ، فلا يتناول أثر الانقطاع غيره من الحقوق (٣) . فإذا كان للدائن

(١) أما إذا قطع الدائن التقادم بالنسبة إلى أحد المدينين في التزام غير قابل للانقسام ، فإن طبيعة عدم تجزئة الأصل تقتضي حتماً أن ينقطع التقادم بالنسبة إلى باقي المدينين (انظر آنفاً فقرة ٢١٨) .

(٢) انظر المادة ٢/٢٨٢ مدني من طريق الاستنتاج العكسي ، وانظر آنفاً فقرة ١٤٤ - وانظر عكس ذلك في القانون الفرنسي بودوي وتيسيه فقرة ٥٦١ - كذلك إذا قطع التقادم أحد الدائنين في التزام غير قابل للانقسام ، انتفع بذلك سائر الدائنين ، كما في التضامن ، لأن طبيعة عدم التجزئة تقتضي ذلك (انظر آنفاً فقرة ٢٢٩) .

وإدخال المدعي عليه ل ضمان في الدعوى يقطع التقادم ، لا لمصلحة المدعي عليه فحسب ، بل أيضاً لمصلحة المدعي في وجوبه بالضمان حل الضامن (لوران ٣٢ فقرة ١٥٦ - جيلوار فقرة ٢٧٤ - أوبري ودو ٢ فقرة ٢٢٥ - بودوي وتيسيه فقرة ٥٦٩) .

وقد قضى قانون ١٦ يولييه سنة ١٩٣٤ في فرنسا بأنه إذا أصدرت هيئة عامة أو خاصة سندات بفروص ، وقطع أحد حامل هذه السندات تقادم الفوائد ، انقطع التقادم أيضاً لمصلحة الباقي من حامل السندات .

(٣) والتابع يلحق الأصل في قطع التقادم ، والجزء يلحق الكل . فإذا انقطع التقادم بالنسبة إلى الدين ، انقطع أيضاً بالنسبة إلى الفوائد . كذلك إذا انقطع التقادم بالنسبة إلى الفوائد ، انقطع أيضاً بالنسبة إلى الدين . والمطالبة القضائية بجزء من دين حل بأ كله يقطع التقادم بالنسبة إلى الدين كله ، ويقطع التقادم أيضاً بالنسبة إلى فوائد هذا الدين (بودوي وتيسيه فقرة ٥٧٨) .

وقد قضت محكمة النقض بأنه لا تنبئ صحيفة الدعوى المرفوعة بحق ما قاطبة لتقادم إلا في خصوص هذا الحق أو ما التحق به من توابعه ، عما يجب لزوماً بوجوبه أو يسقط كذلك بقوطه . فإن تغاير الحقائق أو تغير مصدورها ، فالطلب الحاصل بأحدها لا يكون قاطبة لمدة التقادم بالنسبة =

دينان في ذمة المدين، وقطع التقادم بالنسبة إلى أحد الدينين، فإن التقادم لا ينقطع بالنسبة إلى الدين الآخر (١). وفي الاشتراط لمصلحة الغير، إذا قطع المنتفع التقادم بالنسبة إلى حقه في ذمة المتعهد، لم ينقطع التقادم بالنسبة إلى حق المشتري في ذمة المتعهد (٢). وفي العلاقة ما بين الوصي والصغير عندما يبلغ سن الرشد، إذا طعن الثاني بالبطلان في المخالصة التي صدرت منه للوصي فقطع التقادم بالنسبة إلى هذه المخالصة، لم ينقطع التقادم بالنسبة إلى الدعوى بتقديم حساب عن مدة الوصاية (٣).

ويستثنى من ذلك حالة ما إذا كان حق واحد ينشأ دعويين مختلفتين ضد مدين واحد، فإن قطع التقادم في إحدى الدعويين يقطع التقادم في الدعوى الأخرى (٤). مثل ذلك ما نصت عليه المادة ٤٣٨ مدني من أنه «إذا نقصت قيمة المبيع قبل التسليم لتلف أصابه، جاز للمشتري إما أن يطلب فسخ البيع إذا كان النقص جسيماً بحيث لو طرأ قبل العقد لأم البيع، وإما أن يبقى المبيع مع إنقاص الثمن». فهاتان دعويان نشأتا من سبب واحد هو نقص قيمة المبيع قبل التسليم لتلف أصابه، فإذا قطع المشتري التقادم بالنسبة إلى دعوى الفسخ، انقطع التقادم تبعاً لذلك بالنسبة إلى دعوى إنقاص الثمن، أو قطعه بالنسبة إلى دعوى إنقاص الثمن فقد انقطع بالنسبة إلى دعوى الفسخ (٥). كذلك إذا رفعت

= إلى الحق الآخر (نقض مدني ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٣١ مجموعة عمر ١ رقم ٢٢ ص ٣٤). ونقضت محكمة استئناف مصر بأن انقطاع التقادم بالنسبة إلى الدين يسري أيضاً بالنسبة إلى القوائد وبالعكس، لأن القوائد فرع عن الدين، والفرع يتبع الأصل حكماً. فإذا سقط الحق في المطالبة بالدين، لا يسوغ منطقياً المطالبة بقوائده. كما أنه إذا ظل قائماً، يستحق عليه القوائد القانونية، إلا إذا سقط الحق في المطالبة بها استقلالاً بعد مضي خمس سنوات (٢ يناير سنة ١٩٤٥ المجموعة الرسمية ٤٧ رقم ١٢١). وقارب أيضاً استئناف غنطط أول أبريل سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٥٧.

(١) استئناف غنطط ٢٧ مايو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣١١.

(٢) بودري وتيسيه فقرة ٥٧٣ ص ٤٢٥.

(٣) نقض فرنسي أول مايو سنة ١٨٥٠ دالوز ٥٠ - ١ - ١٥١ - لوران ٣٢

فقرة ٨٨ - أوبري ودو ٢ فقرة ٢١٥ - بودري وتيسيه فقرة ٥٧٤.

(٤) بودري وتيسيه فقرة ٥٧٤.

(٥) انظر كذلك في أن وحدة المصعب مع تعدد الدعاوى تجعل الحكم بالرفض في إحدى هذه

الدعاوى حجية الأثر المقتضى بالنسبة إلى باقي الدعاوى: الوسيط جزء ٢ فقرة ٣٧٨.

دعوى بصحة عقد زمني ينشئ التزامات متعاقبة ، فان رفع الدعوى يقطع التقادم بالنسبة إلى الالتزامات التي نشأت قبل رفع الدعوى ، وكذلك بالنسبة إلى الالتزامات التي لم تنشأ إلا بعد رفع الدعوى (١) .

الفرع الثاني

كيف يجب إعمال التقادم وما هي الآثار التي ترتب عليه

المبحث الأول

كيف يجب إعمال التقادم

٦٤١ - وجوب التمسك بالتقادم وجواز النزول عنه بعد اكتماله :
إذا اكتملت مدة التقادم ، بعد مراعاة أسباب الوقف والانعطاع على النحو الذي تقدم ذكره ، فان الالتزام مع ذلك لا يسقط بالتقادم من تلقاء نفسه ، بل لا بد للمدين من أن يتمسك بالتقادم لسقوط الالتزام . بل إنه يجوز للمدين ، بعد تكامل مدة التقادم ، ألا يتمسك به وأن ينزل عنه ، فيبقى الالتزام قائماً ولا يسقط بالتقادم .

فنبحث إذن مسألتين : (١) وجوب التمسك بالتقادم أو الدفع بالتقادم (٢) النزول عن التقادم .

(١) نقض فرنسي ٢٩ يونيو سنة ١٩٤٨ دالوز ١٩٤٨ — ٤٦٩ — بلانول ورييه
وردوان ٧ فقرة ١٣٧٣ ص ٣٨٨ — ص ٧٨٩ و ص ٧٨٩ هامش رقم ١ .

المطلب الأول

وجوب التمسك بالتقادم

(الدفع بالتقادم)

٦٤٢ - **النصوص القانونية :** تنص المادة ٣٨٧ من التقنين المدني على ما يأتي :

١ - لا يجوز للمحكمة أن تقضي بالتقادم من تلقاء نفسها ، بل يجب أن يكون ذلك بناء على طلب المدعي أو بناء على طلب دائنيه أو أى شخص له مصلحة فيه ولو لم يتمسك به المدعي .

٢ - ويجوز التمسك بالتقادم في أية حالة كانت عليها الدعوى ، ولو أمام محكمة الاستئناف (١) .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادتين ٢٦٨/٢٠٤ و ٢٧٠/٢٠٦ (٢) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٤٤ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا أن الفقرة الثانية في المشروع التمهيدى كانت تنهى بالبررة الآتية « إلا إذا تبين من الظروف أن الشخص الذى يتمسك بالتقادم أراد بذلك أن يتنازل عنه » . وفي لجنة المراجعة عدلت هذه العبارة الأخيرة على الوجه الآتى : « إلا إذا تبين من الظروف أن الشخص الذى يتمسك بالتقادم أراد بعدم تمسكه به من قبل أن يتنازل عنه » ، وأصبحت المادة رقمها ٤٠٠ في المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب . وفي لجنة مجلس الشيوخ حذفت العبارة الأخيرة المشار إليها ، لأن حكمها يستفاد من القواعد العامة ، وترك الأمر للقواعد العامة في التنازل عن الحقوق وكيفية قيام الدليل عليه ، فأصبح النص بذلك مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته لجنته تحت رقم ٣٨٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٤٢ - ص ٣٤٣) .

(٢) التقنين المدني السابق م ٢٦٨/٢٠٤ : مضى للمدة المقررة بالقانون يترتب عليه سقوط التمسك واحجار برامة المصنف منه إذا تمسك بذلك .

م ٢٧٠/٢٠٦ : إذا كان المدعي واحد مدة دائنين ، وانقضت المدة المقررة لتصلحه من =

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٣٨٤ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٣٧٤ - وفي التقنين المدني العراقي المادة ٤٤٢ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادتين ٣٤٥ و ٣٤٧ (١) .
ويخلص من هذا النص ما يأتي : (١) لا تقضى المحكمة بالتقادم من تلقاء نفسها ، بل لا بد من التمسك به . (٢) وتمسك بالتقادم المدين وكل ذى مصلحة . (٣) ويجوز التمسك به في أية حالة كانت عليها الدعوى .

١٥ - لا تقضى المحكمة بالتقادم من تلقاء نفسها بل لا بد من التمسك به

٦٤٣ - لا بد من التمسك بالتقادم : التصادم يسقط الدين بحكم القانون كالمقاصة ، فليس للقاضي سلطة تقديرية في أن يحكم بسقوط الدين بالتقادم

= دين أحدهم ، فلياق الدائنين أن يتمسكوا بمضى تلك المدة ، ولو لم يتمسك بها المدين المذكور تدليلاً منه وإضراءً بحقوقهم .

(والأحكام متفقة في التقنينين السابق والمجدي) .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٣٨٤ (مطابقة لمادة ٣٨٧ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني الليبي م ٣٧٤ (مطابقة لمادة ٣٨٧ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٤٤٢ : ١ - لا يجوز للمحكمة أن تمتنع من تلقاء نفسها من سماح الدعوى لمروور الزمان ، بل يجب أن يكون ذلك بناء على طلب دائنيه أو أى شخص آخر له مصلحة في هذا الدفع ولو لم يتمسك به المدين . ٢ - ويجوز التمسك بالدفع في أية حالة كانت عليها الدعوى ولو أمام المحكمة الاستئنافية ، إلا إذا تبين من الظروف أن المدعى قد تنازل عن الدفع .

(والأحكام متفقة في التقنينين العراقي والمصري : انظر الأستاذ حسن الزنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ٣٩٨) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٣٤٥ : لا يجرى حكم مرور الزمن حتماً ، بل يجب أن يدل به من تم في مصلحته . ويمكنه الإدلاء به في جميع أطوار المحاكمة ، حتى في الاستئناف للمرة الأولى . ولا يجوز للقاضي أن يطبق من تلقاء نفسه أحكام مرور الزمن .

م ٣٤٧ : يحق لكل مدين متضرر ولكفيل الإدلاء بمروور الزمن تجاه الدائن ، كما يحق لدائن آخر المدينون أن يدل به على الطريقة غير المباشرة . (والأحكام متفقة في التقنينين اللبناني والمصري) .

أو لا يحكم . ولكنه ، كما في المقاصة أيضاً ، لا يستطيع أن يحكم من تلقاء نفسه بسقوط الدين بالتقادم ، بل يجب على ذى المصلحة أن يتمسك بذلك (١) . فإذا ما تمسك ذو المصلحة (٢) ، وجب على القاضى أن يحكم بتقادم الدين (٣) .

وليس المقصود من التمسك بالتقادم أن يعلن ذو المصلحة إرادته في أن يجرى التقادم ، كما يعلن ذو المصلحة إرادته في أن يجرى المقاصة في القوانين الجرمانية ، بل إن التقادم يقع من غير هذا الإعلان كما تقع المقاصة في القوانين اللاتينية والقانون المصرى . وإنما أريد من وجوب التمسك بالتقادم أن يكون التقادم دفعاً (exception) يدفع به المدعى الدائن ، وهو كالدفع بحجية الأمر المقضى (٤) لا يعتبر من النظام العام ، فلا يستطيع القاضى أن يأخذ به من تلقاء نفسه بل يجب أن يتمسك به المدعى (٥) كما قلنا .

وبمخلص من ذلك أمران : (أولاً) أن التمسك بالتقادم ليس تصرفاً قانونياً (acte juridique) قائماً على إرادة المدعى المفردة (volonté unilatérale du débiteur) كما هو الأمر في التمسك بالمقاصة في القوانين الجرمانية ، بل هو دفع يدفع

(١) استئناف غخط ١٢ يونيو سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٥٠٣ .
(٢) وليس التمسك بالتقادم شكل خاص ، فأية عبارة تكل بوضوح على أن المدعى يتمسك بالتقادم تكفى . وإذا تمسك المدعى بالتقادم أمام محكمة أول درجة فقفست له بذلك ، بحسبه أمام محكمة الاستئناف أن يطلب تأييد الحكم للمستأنف حتى يعتبر متمسكاً بالتقادم أمام هذه المحكمة . أما إذا تمسك بالتقادم أمام محكمة أول درجة ولكنه كسب الدعوى دون نظر إلى التقادم ، فلا يكون في محكمة الاستئناف أن يطلب تأييد الحكم للمستأنف ، بل لابد له من التمسك بالتقادم من جديد (انظر في كل ذلك بودى وتيسيه فقرة ٤٢ - فقرة ٤٣ وفقرة ٤٥) .
ولا يكتفى أن يتمسك المدعى بالتقادم في مرافقه الشفوية دون أن يقدم ذلك طلباته الختامية ، ولا يعتبر ما كان حاصلاً من طلباته الختامية - كالتقدم إلى المحكمة في أن تأخذ بما ترى الأخذ به من الدفوع - متمسكاً بالتقادم (بودى وتيسيه فقرة ٤٤) .

(٣) المذكورة الإيضاحية للشروح التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٤٢ .
(٤) الوسيط جزء ٢ فقرة ٣٤٥ .

(٥) ويجب أن يقع التمسك بالتقادم أمام القضاء ، فلا يكون التمسك به أثناء محاولات الصلح . فالمدعى عليه الذى تمسك بالتقادم الخمسى خلال محاولات التوفيق ، ثم تعيب أمام محكمة أول درجة ، لا يستطيع أن يبيح بأن المحكمة كان واجباً عليها القضاء بالتقادم (الأستاذ مبد المبردارى في أثر معنى المدة في الالتزام فقرة ٧١) .

به المدين مطالبة الدائن كما هو الأمر في التمسك بالمقاصة في القوانين اللاتينية والقانون المصرى . (ثانياً) وهذا الدفع لا يثيره القاضى من تلقاء نفسه ، بل لا بد أن يتمسك به ذو المصلحة ، لأنه لا يعتبر من النظام العام وإن كان يمت للمصلحة العامة . فهو من هذه الناحية كالدفع بالمقاصة والدفع بحجية الأمر المقضى (١) .

٦٤٤ - الأسباب التى ترفعها الى وجوب التمسك بالتقادم : وقد أوجب القانون على ذى المصلحة أن يتمسك بالتقادم للأسباب الآتية :

(١) ليس سقوط الدين بالتقادم من النظام العام كما قدمنا ، فهو وإن كان مبنياً على اعتبارات تمت للمصلحة العامة لضمان الأوضاع المستقرة ، إلا أنه يتصل مباشرة بمصلحة المدين الخاصة (٢) . فالمدين وشأنه ، إن رأى أن يتمسك بالتقادم كان له ذلك ، وإن أراد النزول عن هذا الدفع صح نزوله .

(٢) هذا إلى أن التمسك بالتقادم أمر يتصل اتصالاً وثيقاً بضمير المدين . فان كان المدين مطمئناً إلى أن ذمته غير مشغولة بالدين ، دفع بالتقادم ليوفر على نفسه مشقة إثبات براءة ذمته بعد هذه المدة الطويلة . أما إن كان يعلم أن ذمته مشغولة بالدين ، وتخرج من التلرع بالتقادم ، فقد فتح له القانون الباب للنزول عنه عن طريق عدم التمسك به (٣) .

(٣) يضاف إلى ما تقدم أن التقادم من شأنه أن يثير وقائع كثيرة لا يتيسر للقاضى أن يستخلصها من تلقاء نفسه من واقع الأوراق والمستندات ، فلا بد من أن يثيره الخصوم ويكون محلاً لمناقشتهم حتى يتمحص وجه الحق فيه (٤) .

(١) وهناك تمييز قديم ، في أسباب انقضاء الالتزام ، بين أسباب حضية (ipso jure) وأسباب تنوقف على الدفع بها (ope exceptionis) . فالتقادم والمقاصة سببان لانقضاء الالتزام ، لا يحتاجان أهما إلا من طريق الدفع بهما . انظر الأستاذ عبد المنعم البهراوى في أثر معنى المدة في الالتزام ، مقالة ٥٨ .

(٢) بودوى وتيسيه مقالة ٤١ ص ٤٢ - بلانويك وديير ودوران ٧ مقالة ١٣٨٠ .

(٣) بودوى وتيسيه مقالة ٤١ ص ٤٢ - بلانويك وديير ودوران ٧ مقالة ١٣٨٠ .

(٤) بودوى وتيسيه مقالة ٤١ ص ٤٢ .

(٤) ثم إن التقادم لو أسقط الدين دون أن يتمسك به المدين، ثم رأى المدين أن ضميره يدعوه إلى عدم التلويح بالتقادم لأن ذمته مشغولة بالدين، فأراد النزول عنه، كان هذا النزول بعد أن سقط الدين بالتقادم بمثابة هبة للدائن أو بمثابة التزام جديد ارتبط به نحوه. وهذا ما لم يقل به أحد، إذ المدين عند ما ينزل عن التقادم ويوفى الدين، إنما يوفى ديناً واجباً في ذمته، سواء علم بالتقادم أو لم يعلم. فهو لا يتبرع، ولا يعقد التزاماً جديداً (١).

٦٤٥ - هل هناك استثناءات للقاعدة العامة: ويذكر الفقه، في حق الأحيان، للقاعدة التي تقضي بوجود التمسك بالتقادم بعض استثناءات:

(١) فبح ذلك ما قرره المادة ١٦ من القانون رقم ١٤٢ لسنة ١٩٤٤ الصادر في ٣ أغسطس سنة ١٩٤٤ من أنه، عند تقرير ضريبة التركات، تعتبر الديون التي على التركة ومضت عليها مدة التقادم قد سقطت دون حاجة إلى الدفع بذلك، وذلك ما لم يظهر أن التقادم قد انقطع لأي سبب من الأسباب. فيجب إذن، عند حساب الضريبة المستحقة على التركة، عدم استئزال هذه الديون التي تقادمت من موجودات التركة، لأنها ديون اعتبرت منقضية بالتقادم، ونحسب الضريبة كما لو كانت هذه الديون غير موجودة. ويدل الفقه بهذا المثل على أن ديون التركة قد سقطت بالتقادم، دون حاجة إلى التمسك بهذا الدفع (١). ولكن يلاحظ أن الورثة، بالرغم من عدم استئزال الديون المتقادمة من موجودات التركة، عند حساب الضريبة المستحقة، يستطيعون ألا يتمسكوا بالتقادم في مواجهة الدائنين، إذا دعهم ضمايرهم إلى ذلك وأيقنوا أن هذه الديون لا تزال في ذمة مورثهم، فيدفعوا من التركة حقوق هؤلاء الدائنين. وهم يتحملون، في سبيل إراحة ضمايرهم، ما يضطرون إلى دفعه من زيادة في الضريبة بسبب هذه الديون. فالدائنون لا تسقط ديونهم إذن إلا إذا تمسك الورثة بالتقادم طبقاً للقاعدة العامة، فإذا نزل الورثة عن التمسك

(١) بودرى وتيسيه فقرة ٤١ ص ٤٣ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٨٠.

(٢) انظر في هذا المعنى في فرنسا المادة ٧ من قانون ٢٥ فبراير سنة ١٩٠١ - بودرى

وتيسيه فقرة ٤١ ص ٤٣ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٨١.

بالتقادم وجب الوفاء بهذه الديون . ومن ثم نرى أن التقادم في هذه الحالة ، إذا وقع دون تمسك به ، فأنما يقع لصالح الخزانة لا لصالح المدين . أو قل أن الخزانة هي التي تتمسك بهذا الدفع في حقها عند حساب الضريبة وإن لم تتمسك به الورثة ، أما في حق الدائنين فلا بد من أن يتمسك الورثة بالتقادم . فليس في هذه الحالة إذن خروج عن القاعدة العامة (١) .

(٢) ومن ذلك أيضاً ما قضت به المادة ٢٨ من القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ من أنه تؤول إلى الدولة جميع المبالغ التي أصابها التقادم ، متى كانت هذه المبالغ تمثل أرباح وفوائد الأسهم والسندات التي لم يطالب بها أصحابها ، وكذلك قيمة الأسهم والسندات نفسها والودائع والسندات المودعة لدى البنوك والمبالغ المعطاة على سبيل الضمان . وهذا الحكم مبني على اعتبارات ترجع إلى مصلحة خزانة الدولة . فقد رأى المشرع أن في استطاعة الشركات والمصارف المتمسكة بالتقادم في هذه المبالغ فتؤول إليها ، فكان بين أن يتركها تؤول إلى الشركات والمصارف من غير ظهور وجه المصلحة في ذلك ، وبين أن يجعلها غير قابلة للتقادم وفي هذا خروج على القواعد العامة لا مبرر له . فرأى الخير في أن تؤول لخزانة الدولة ، تصرفها فيما يعود بالنفع على المصلحة العامة (٢) . وليس في هذا الحكم خروج على القاعدة العامة التي تقضي بوجوب التمسك بالتقادم حتى ينتج أثره . فلو أن التقادم هنا قد أنتج أثره دون التمسك به ، لآلت المبالغ إلى الشركات والمصارف بمجرد اكتمال مدة التقادم . ولكن المشرع لم يقل هذه النتيجة ، بل هو قد عمد إلى نقل ملكية هذه المبالغ بمجرد تقادمها إلى الخزانة العامة ، وهذا بحكم نص تشريعي ، لاعتبارات ترجع إلى المصلحة العامة كما قدمنا .

(٣) ومن ذلك أخيراً ما لا يزال محل نقاش في الفقه الفرنسي من أنه إذا تقادمت الديون التي في ذمة القصر والمحجورين والغائبين ، ولم يتمسك ممثلوهم القانونيون بالتقادم ، جاز للنياية العامة - وهي طرف منضم في الخصومة - أن

(١) الأستاذ عبد المنعم البدر أوى في أثر منى المدة في الالتزام فقرة ٦٨ .

(٢) وسرى فيما يل أن هذا التشريع مستند (انظر فقرة ٦٧١ فيما يل) .

تتمسك هي بالتقادم (١). فان طائفة كبيرة من الفقهاء في فرنسا لا يميزون للنيابة العامة ، وهي مجرد طرف منضم ، أن تتمسك بالتقادم (٢). أما في مصر فان تقنين المرافعات الجديد (م ١٠٠) أجاز للنيابة العامة أن تتدخل ، كخصم منضم ، أمام محاكم الاستئناف والمحاكم الابتدائية في القضايا الخاصة بالقصر وعديعي الأهلية والغائبين . والنيابة تمتنع ، بناء على طلبها ، ميعاد ثمانية أيام على الأقل ، لتقديم مذكرة باقوالها (م ١٠٣ مرافعات). والظاهر أن النيابة لا تتدخل كخصم منضم إلا لإبداء رأيها ، فهي ليست بخصم أصيل تبدي طلبات مستقلة أو تضيق إلى الطلبات الأصلية . ومهما يكن من أمر ، فان التقادم ، حتى في هذه الحالة ، لا بد من التمسك به ، إما من الممثلين القانونيين للقصر والمحجورين ، وإما من النيابة العامة إذا كان هذا الأمر يدخل في اختصاصها . فاذا لم يتمسك أحد من هؤلاء بالتقادم ، لم يكن للقاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه ، وليس في هذا إلا تطبيق للقواعد العامة التي أسلفنا ذكرها (٣).

٦٤٦ - التمسك بتقادم الدعوى الجنائية اذا ارتبطت بالدعوى

الجنائية: وقد ترتبط دعوى التعويض المدنية عن عمل غير مشروع بالدعوى الجنائية عن نفس العمل إذا كان جريمة في قانون العقوبات . فاذا فرضنا أن الدعوى المدنية نظرت أمام المحكمة الجنائية مع الدعوى الجنائية ، وكانت مدة التقادم قد مضت حل الدعويين (٤) ، فن المسلم أن للقاضي الجنائي أن يحكم من تلقاء نفسه بتقادم الدعوى الجنائية ، دون حاجة إلى أن يتمسك المتهم بالتقادم .

-
- (١) انظر في هذا المعنى ديرانتون ٢٩ فقرة ١٣٥ — كرميه دي سائير ٨ فقرة ٢٣٠ مكررة - بلانيول وريبير وبولانجييه ٢ فقرة ٢٠٩٨ .
 (٢) من هؤلاء الفقهاء هيك ١٤ فقرة ٣٣٥ - وجيلوار ١ فقرة ٣٠٢ - وبودري وتيسيه فقرة ٤٦ - وقارن بلانيول وريبير وروبان ٧ فقرة ١٣٨١ .
 (٣) انظر في هذه المسألة الأستاذ عبد النعم البدراني في أثر مضي المدة في الالتزام فقرة ٦٥ - فقرة ٦٦ .
 (٤) وقد رأينا أن الفقرة الثانية من المادة ١٧٢ مدني تنص على ما يأتي : « حل أنه إذا كانت هذه الدعوى ناشئة من جريمة ، وكانت الدعوى الجنائية لم تسقط إلا بعد انقضاء المواعيد المذكورة في الفقرة السابقة ، فإن دعوى التعويض لا تسقط إلا يسقط الدعوى الجنائية » .

ويذهب الفقه في فرنسا إلى أن القاضى الجنائى فى هذه الحالة يحكم أيضاً من تلقاء نفسه بتقادم الدعوى المدنية ، دون حاجة إلى أن يتمسك المدعى بالتقادم ، وذلك أسوة بما يفعله فى الدعوى الجنائية (١) . فإذا سلمنا فى مصر بهذا الرأى (٢) ، كان هذا الحكم استثناء حقيقياً من القاعدة التى تقضى بوجود التمسك بالتقادم . ذلك أن القاضى هنا قد حكم بتقادم الدعوى المدنية ، كما حكم بتقادم الدعوى الجنائية ، دون حاجة إلى أن يتمسك المدعى أو المتهم بالتقادم (٣) .

٦٤٧ - لا يفتى التمسك بنوع من التقادم عن التمسك بنوع آخر :

وفى هذا الاستثناء الذى أسلفنا ذكره ، يجب القول إنه لا بد دائماً من التمسك بالتقادم ، فلا يجوز للقاضى أن يحكم به من تلقاء نفسه . بل إن المدعى عندما يتمسك بنوع من التقادم ، كما إذا تمسك بالتقادم الحولى وتبين أن التقادم المنطبق على الدين هو التقادم الخمسى ، لا يفتيه تمسكه بالتقادم الخاص على التمسك بالتقادم

(١) بلانول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٨٣ ص ٨٠٠ - ص ٨٠١ .

(٢) انظر الأستاذ عبد المتيم البدوي فى أثر مفعول المدة فى الالتزام فقرة ٧٤ ص ٩٢ .

(٣) أما إذا رفعت الدعوى المدنية إلى المحاكم المدنية ، فاتفقت بذلك من الدعوى الجنائية ، فإن الفقهاء فى فرنسا من يقول بوجود الرجوع إلى القاعدة الأصلية ، فلا يجوز للقاضى أن يحكم من تلقاء نفسه بتقادم الدعوى المدنية ، بل لا بد من أن يتمسك المدعى بالتقادم (أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٧٥ وهاش وقم ١١ - بلانول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٨٣) . ومنهم من يذهب إلى عكس ذلك ، فيجيز للقاضى أن يحكم بتقادم الدعوى المدنية من تلقاء نفسه ، دون حاجة إلى أن يتمسك المدعى بالتقادم (جيلوار ١ فقرة ٣٠ وفترة ٣١٣ - يورى ونيسية ٣ فقرة ١٣٢) . ونحيل إلى الأخذ بالرأى الأول ، فهو الذى يتفق مع النص الصريح من وجوب التمسك ، ولا شبهة فى وجوب إعمال هذا النص أمام القضاء المدنى . أما ما يقضاه المشرع من محذور ، عند قيام الدعوى الجنائية والمدنية عن عمل واحد ، من أن تسقط الدعوى المدنية مع قيام الدعوى الجنائية (انظر الفقرة الثانية من المادة ١٧٢ مدنى) ، فإن هذا الاحتمال لا يمكن أن يتحقق . ذلك أن المدعى فى الدعوى المدنية إما أن يتمسك بالتقادم أمام القضاء المدنى ، فيحكم القاضى بسقوط الدعوى المدنية فتسقط هى والدعوى الجنائية معاً ، لأن القضاء الجنائى يحكم بسقوط الدعوى الجنائية من تلقاء نفسه . وإما أن المدعى لا يتمسك أمام القضاء المدنى بالتقادم ، فتبقى الدعوى المدنية مع سقوط الدعوى الجنائية ، وهذا غير محذور ، والمحذور هو بقاء الدعوى الجنائية مع سقوط الدعوى المدنية .

الصحيح . فلا بد إذن من أن يتمسك بعد ذلك بالتقادم الصحيح ، فإن كان أمام محكمة الاستئناف وأقبل باب المرافعة ، فإنه يكون قد فوت على نفسه فرصة التمسك بالتقادم (١) .

٢٥ — يتمسك بالتقادم المدين وكل ذى مصلحة

٦٤٨ — تمسك المدين بالتقادم : الأصل أن المدين هو الذى يتمسك بالتقادم ، فهو الذى يريد أن يبرىء ذمته من الدين عند مطالبة الدائن به . ثم إن المدين هو الذى يعلم إن كانت ذمته قد برئت من الدين ، فيقدم وهو مطمئن القصير على الدفع بالتقادم دون حاجة إلى تحمل العبء في إثبات براءة اللمة ، أو أن الدين باق في ذمته فقد لا يطاوعه ضميره أن يدفع بالتقادم (٢) .

وغنى عن البيان أن خلف المدين ، عاماً أو خاصاً ، يستطيع كالمدين أن يتمسك بالتقادم . فوارث المدين ، إذا طولبت تركة المدين بالدين ، له أن يدفع بالتقادم . ويطمئن ضميره إلى هذا الدفع إن كان يعلم أن المورث قد برئت ذمته من الدين دون أن يوجد في أوراقه ما يدل على براءة اللمة ، أو في القليل إن كان لا يعلم أن ذمة المورث لا تزال مشغولة بالدين إذ من حقه أن يقدر أن

(١) بلانول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٨٢ : ولا يسلمون حتى بأن التمسك بتقادم الدين بعد تمسكاً بتقادم الفوائد . وقارن بودرى وتيسيه فقرة ٤٣ ص ٤٤ — ص ٤٥ : ويلجأان إلى أن المدين إذا تمسك بتقادم قصير كالتقادم المول ، ففى ذلك ملزوميته بدفع دين مضى حل استحقاقه سنة واحدة ، فهو لا شك ينق — ومن باب أولى — ملزوميته بدفع الدين إذا كان قد مضى حل استحقاقه مدة أطول . فالتمسك بتقادم قصير يتضمن التمسك بتقادم أطول . ويلجأ الأستاذ عبد المنعم الهمداني ، بنفس هذا المطلق ، إلى أن التمسك بالتقادم العادى لا يتضمن التمسك بالتقادم القصير ، ولكن التمسك بالتقادم القصير يتضمن التمسك بالتقادم العادى (أثر مضى المدة في الالتزام فقرة ٧٣) .

(٢) ويتمسك المدين بالتقادم لا في مواجهة الدائن فحسب ، بل أيضاً في مواجهة أى شخص آخر تكون المدين مصلحة في مواجهته بالتقادم . فيجوز له أن يتمسك بالتقادم في مواجهة شخص وإن عته الدين دون علمه قبل اكتمال المدة بوقت قصير ، ويريد الرجوع عليه بعد اكتمالها (بودرى وتيسيه فقرة ١٠٥) .

المورث لا بد أن يكون قد وفى الدين فى خلال مدة التقادم . وكذلك الحال عليه بالدين له أن يدفع بالتقادم كما كان المحيل يستطيع أن يفعل ، وقد تقدم بيان ذلك . والمدة التى انقضت على استحقاق الدين وهو فى ذمة السلف تضم إلى المدة التى تنقضى بعد انتقال الدين إلى ذمة الخلف .

٦٤٩ - التمسك بالتقادم من كل ذى مصلحة : وإلى جانب المدين

وعطفه ، يجوز لكل ذى مصلحة أن يتمسك بالتقادم ، كما تنص على ذلك صراحة الفقرة الأولى من المادة ٢٨٧ مدنى المتقدمة الذكر .

ومن ذوى المصلحة الذين يحق لهم التمسك بالتقادم :

(١) الكفيل : فإذا كان دين الأصيل قد انقضت عليه مدة التقادم ولم تنقض المدة على دين الكفيل ، بأن يكون الدائن مثلاً قطع التقادم بالنسبة إلى الكفيل دون أن يقطعه بالنسبة إلى الأصيل ، فللكفيل فى هذه الحالة أن يتمسك بأن دين الأصيل قد سقط بالتقادم ، فتكون ذمة الأصيل قد برئت من الدين فتبرأ تبعاً لذلك ذمة الكفيل (١) . وظاهر أن للكفيل هنا مصلحة فى التمسك بالتقادم ولو لم يتمسك به الأصيل ، ومن حقه أن يقلر أن ذمة المدين قد برئت من الدين بعد انقضاء مدة التقادم ، وليس عليه من حرج فى ذلك . فإن كان المدين يعلم أن ذمته لم تبرأ من الدين ، فما عليه إلا أن يوفيه ، فتبرأ ذمته وذمة الكفيل جميعاً .

(٢) المدين المتضامن : وله أن يدفع بتقادم الدين بالنسبة إلى مدين متضامن آخر بقدر حصة هذا المدين . فإذا فرض أن الدين ثلثائة فى ذمة مدينين متضامين ثلاثة ، وقطع الدائن التقادم بالنسبة إلى اثنين منهم دون الثالث ، فسقط الدين بالتقادم بالنسبة إلى هذا الثالث دون أن يسقط بالنسبة إلى الاثنين الآخرين ، ورفع الدائن الدعوى على أحد هذين يطالبه بكل الدين ، كان لهذا المدين أن يدفع بتقادم دين الثالث بقدر حصته وهى مائة ، ولا يدفع للدائن إلا مائتين (م ٢٩٢ مدنى) . وظاهر أن له مصلحة فى أن يدفع بتقادم دين

(١) انظر أيضاً فقرة ٦٣٩ فى الهامش .

المدين الثالث ، إذ أن ذلك يرى فتمت نحو الدائن بقدر حصه هذا المدين . فان كان هذا المدين يعلم أن الدين لا يزال في ذمته ، ويأبى ضميره أن يستيف الدفع بالتقادم من جانب المدين الذى رفعت عليه الدعوى ، فما عليه إلا أن يوفى الدائن المائة الباقية له من الدين .

(٣) الحائز للعقار المرهون : وله أن يدفع بتقادم الدين المضمون بالرهن . فلو فرض أن المدين رهن عقاراً ضماناً للوفاء بدينه ، ثم باع هذا العقار ، ومضت على الدين مدة التقادم ، ومع ذلك رجع الدائن على حائز العقار بطالبه بالدين ، فللحائز أن يدفع الدين بالتقادم . وله مصلحة في ذلك ، إذ أن هذا يخلصه من مطالبة الدائن . فان كان المدين يعلم أن الدين لا يزال في ذمته ، ونخرج من أن الحائز دفعه بالتقادم ، فما عليه إلا أن يوفيه للدائن ، فهو المدين الأصلي الذى يجب عليه الوفاء (١) .

٦٥٠ - التمسك بالتقادم من دائئ المرين : وقد يقع أن يكون

للمدين دائئان ، ويتقادم دين أحدهما ، فيكون للدائن الآخر الحق في التمسك بهذا التقادم ، ولولم يتمسك به المدين . وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٣٨٧ ملى ، كما رأينا ، على هذا الحكم صراحة إذ قالت : « . . . بل يجب أن يكون ذلك بناء على طلب المدين أو بناء على طلب دائئيه . . . » . والدائن الذى يتمسك بالتقادم إنما يتمسك به هنا نيابة عن المدين بطريق الدعوى غير المباشرة وفقاً للمادة ٢٣٥ ملى . ومصلحته في ذلك ظاهرة ، فانه يستبعد عن طريق الدفع بالتقادم ديناً قد يكون متقدماً على دينه بسبب رهن أو امتياز أو غير ذلك ، أو في القليل يستبعد ديناً يراحم دينه . ويجب في هذه الحالة أن يكون تقدم الدين المتقادم أو مزاحمته من شأنه أن يضر بالدائن الذى يتمسك بالتقادم . فاذا كان مال المدين ألفاً ، وكان الدين المتقادم ثلثائة ، ودين الدائن الذى يتمسك بالتقادم تسعمائة ، فلو قدرنا أن الدين المتقادم يتقدم على الدين الآخر ، كانت مصلحة الدائن الآخر في التمسك بالتقادم هي أن يستبعد هذا الدين ، فهو إذا لم

(١) المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٤٢ - الأستاذ عبد المنعم البدرارى في أثر مضى الملة في الالتزامات فقرة ٩٩ .

يستبعد لم يخلص للدائن الآخر من الدين الذي له إلا سبعة . ولو قدرنا أن الدين للتقادم لا يتقدم على الدين الآخر بل يزاحمه ، لبقيت للدائن الآخر مع ذلك مصلحة في دفعه بالتقادم ، إذ لو زوحم لما نال من الدين الذي له إلا سبعة وخمسين . أما إذا كان مال المدين يسع الدينين جميعاً ، بأن كان ألفاً ومائتين أو أكثر ، لم يكن للدائن الآخر مصلحة في الدفع بالتقادم ، وترك الأمر للمدين يدفع بالتقادم أو لا يدفع بحسب ما يحليه عليه ضميره .

ولا يتعرض على تمسك الدائن الآخر بالتقادم ، نيابة عن المدين ، بأن هذا التمسك حق متصل بشخص المدين ، فلا يجوز للدائن استعماله . ذلك أن من حق الدائن أن يقدر أن الدين قد انقضى بالتقادم فلا يتحمل مزاحمة هذا الدين . ومهما يكن من أمر ، فالنص صريح في جواز أن يستعمل الدائن حق مدينه في التمسك بالتقادم (١) .

هذا وسنرى أنه كما ثبت للدائن أن يستعمل حق مدينه في التمسك بالتقادم وفقاً للفقرة الأولى من المادة ٣٨٧ مدني ، كذلك يثبت له ، إذا لم يقتصر المدين على الامتناع عن التمسك بالتقادم بل خطأ خطوة إيجابية وزل عن التقادم ، أن يطعن في هذا النزول بالدعوى البولصية وفقاً للفقرة الثانية من المادة ٣٨٨ مدني . فللدائن إذن أن يستعمل حق مدينه في التمسك بالتقادم وفقاً لأحكام الدعوى غير المباشرة إذا سككت المدين عن التمسك بالتقادم . وله كذلك ، إذا زل المدين عن التقادم ، أن يطعن في هذا النزول بالدعوى البولصية ، حتى إذا نجح في طعنه عمد بعد ذلك إلى التمسك بالتقادم نيابة عن المدين . فهو إذا طعن بالدعوى البولصية ، لم يكن له بد ، بعد أن ينجح في طعنه ، من الانتقال إلى الدعوى غير المباشرة .

(١) وقد يتعرض أيضاً بأن التمسك بالتقادم رخصة وليست حقاً ، والرخص لا يستعملها الدائن باسم المدين . ولكن للنص هنا صريحٌ بجواز أن يستعمل الدائن رخصة مدينه في التمسك بالتقادم (انظر ما اقتناه في هذه المسألة في الدعوى غير المباشرة : الوسيط جزء ٢ فقرة ٥٤٢) .

٣٥ - يجوز التمسك بالتقادم في أية حالة كانت عليها الدعوى

٦٥١ - التمسك بالتقادم أمام المحكمة الابتدائية : ولما كان التمسك بالتقادم دفعا موضوعيا ، فإن للمدين أو لدى المصلحة أن يتمسك به في أية حالة كانت عليها الدعوى (١) . فله أن يتمسك به منذ البداية ، وقبل الدخول في أى دفع شكلي أو موضوعي . وله أن يؤخره إلى أن يستنفذ جميع دفعوه الأخرى الشكلية والموضوعية ، فإذا لم ينجح فيها عمد بعد ذلك إلى الدفع بالتقادم (٢) .

وكل ما ينبغي أن يحتاط له أمران : (١) ألا ينطوى تأخير الدافع بالتقادم على معنى الزول عنه ضمناً ، فإنه إذا نزل عنه لم يستطع بعد ذلك أن يعود إليه . ومن ثم كان من المناسب ، وهو يبدو أوجه دفاعه الأخرى ، أن يذكر أن عنده دفعا بالتقادم يؤخره إلى ما بعد أن ينتهى من أوجه الدفاع التي يبدئها (٣) . (٢) ألا يؤخر الدافع بالتقادم إلى ما بعد إقفال باب المرافعة ، فإنه إذا أقفل هذا الباب فليس له بعد ذلك أن يبدى أى طلب (٤) .

(١) استئناف مخطط ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ١٠٩ .
(٢) استئناف مخطط ٢٩ يناير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٧٩ - ولكن ملاحظ أن التقادم المبنى على قرينة الوفاء لا يجوز التمسك به بعد التمسك بدفع يتضمن معنى عدم الوفاء بالدين ، كذلك بالمقاصة أو بالتجديد أو بالإبراء أو نحو ذلك ، لأن هذا التماسع الواضح يمنع من قبول الدفع بالتقادم (الاستاذ عبد المنعم البدرأوى في أثر معنى المدة في الالتزام فقرة ٧٧) .
(٣) وقد كان المشروح التمهيدى ، ومن بعده المشروح النهائي ، يتضمن نصاً في هذا المعنى ، وكان يجرى على النحر الآتى : « إلا إذا تبين من الظروف أن الشخص الذى يتمسك بالتقادم أراد بعدم تمسكه من قبل أن يتنازل عنه » . وقد حلفت هذه العبارة في لجنة مجلس الشيوخ « لأن حكمها يستفاد من القواعد العامة » وترك الأمر للقواعد العامة في التنازل عن الحقوق وكنهية قيام الدليل عليه « انظر مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٤٣ ، وانظر تاريخ نص المادة ٣٨٧ مدق آنفاً فقرة ٦٤٢ في الملمس) .

(٤) بودوى وتيسيه فقرة ٤٨ - فقرة ٤٩ - المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٤٢ - كذلك لا يجوز التمسك بالتقادم بعد أن صدر حكم موضوعي يلزم المدين بالدين ، ولم يبق أمام المحكمة الا الفصل في مقدار هذا الدين (بودوى وتيسيه فقرة ٤٩) .

٦٥٣ - التمسك بالتقادم أمام محكمة الاستئناف: فان فاتته الدفع بالتقادم أمام محكمة أول درجة على الوجه السابق بيبانه ، سواء لأنه كان يجهله أو كان يعلمه ولكنه لم يتمكن من إيداعه قبل إقفال باب المرافعة لسبب أو لتعذر الحصول على الأدلة المثبتة لوقوع التقادم أو لغير ذلك من الأسباب ، فانه يستطيع - ما لم ينطو تركه للدفع أمام المحكمة الابتدائية على معنى النزول عنه - أن يدفع بالتقادم لأول مرة أمام المحكمة الاستئنافية ، وفي أية حالة كانت عليها الدعوى ، مع مراعاة ما قدمنا من وجوب الحيلة ، فلا ينطوى تأخيرها للدفع بالتقادم على معنى النزول عنه ضمناً ، ولا يؤخر الدفع إلى ما بعد إقفال باب المرافعة أمام محكمة الاستئناف (١) .

٦٥٣ - التمسك بالتقادم أمام محكمة النقض : فاذا لم يدفع المدين بالتقادم لا أمام المحكمة الابتدائية ولا أمام محكمة الاستئناف ، فليس له أن يدفع به لأول مرة أمام محكمة النقض ، فان محكمة النقض لا تستطيع أن تنتظر أوجهها جديدة لم يسبق الدفع بها أمام محكمة الموضوع. وليس الدفع بالتقادم ، كما قدمنا ، معتبراً من النظام العام ، حتى يجوز لمحكمة النقض أن تقضى بالتقادم من تلقاء نفسها . فهو كالدفع بالمقاصة وكالدفع بحجية الأمر المقضى ، لا يجوز أن يثار لأول مرة أمام محكمة النقض (٢) .

٦٥٤ - التمسك بالتقادم أمام محكمة الاستئناف: لكن إذا استطاع المدين أن يحصل على حكم من محكمة النقض بنقض الحكم المطعون فيه لسبب

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٤٢ - بودرى وتيسيه فقرة ٥٠ - فقرة ٥٢ - استئناف مخطوط ١٥ يناير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ١٥٤ - ١٥ ديسمبر سنة ١٩٢١ م ٣٤ ص ٥٦ - ٦ نوفمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ١٢ - ٢٩ يناير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٧٨ - ٦ مارس سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٢٥٣ - أول فبراير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ١٧٠ - ١٨ فبراير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ١٤١ - ١٣ يناير سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ٤٤ .

(٢) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٤٢ - بودرى وتيسيه فقرة ٥٢ - الأستاذ عبد المنعم البدر ادى فى أثر مفسر المدة فى الالتزام فقرة ٨٢ - نقض مقرر ١٥ يولييه ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٥٢ ص ٤٢٢ .

غير التقادم ، كخلل في الإجراءات أو خطأ في تطبيق القانون في مسألة أخرى ، وأحالت محكمة النقض الدعوى على دائرة أخرى من دوائر محكمة الاستئناف ، فانه يجوز للمدين أمام محكمة الاحالة - وهي محكمة موضوع - أن يدفع بالتقادم لأول مرة ، وفي أية حالة كانت عليها الدعوى . وعليه أن يحتاط كما قدمنا ، فلا ينطوى تأخير الدفع بالتقادم على معنى النزول عنه ، ولا يؤخر الدفع إلى ما بعد إقفال باب المرافعة أمام محكمة الاحالة (١) .

المطلب الثاني

النزول عن التقادم

٦٥٥ - **النصوص القانونية** : تنص المادة ٣٨٨ من التقنين المدني على ما يأتي :

- ١ - لا يجوز النزول عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه ، كما لا يجوز الاتفاق على أن يتم التقادم في مدة تختلف عن المدة التي عينها القانون .
- ٢ - وإنما يجوز لكل شخص يملك التصرف في حقوقه أن ينزل ولو ضمناً عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه ، على أن هذا النزول لا ينفذ في حق الدائنين إذا صدر إضراراً بهم (٢) .
- ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادتين ١٠٨/٨٠ و ٢٧٠/٢٠٦ (٣) .

(١) بودى وتيسيه فقرة ٥٢ - الأستاذ عبد المنعم البودوى في أثر مضي المدة في الالتزام فقرة ٨٢ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٢٥ من المشروع المجهدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٤٠١ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٣٨٨ (مجموعة الأعمال التشريعية ٣ ص ٣٤٤ - ص ٣٤٦) .

(٣) التقنين المدني السابق م ١٠٨/٨٠ : لا يجوز ترك الحق في التملك بمضي المدة الطويلة قبل حصوله ، وإنما يجوز ذلك بعد حصوله لكل شخص متصف بأهلية التصرف في حقوقه . -

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٣٨٥ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٣٧٥ - وفي التقنين المدني العراقي المادة ٤٤٣ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٣٤٦ (١) .

ويخلص من النص المتقدم الذكر قاعدتان أساسيتان : (القاعدة الأولى) عدم جواز النزول عن التقادم مقدماً قبل ثبوت الحق فيه ، ويلحق بهذه القاعدة عدم جواز الاتفاق على مدة للتقادم تختلف عن المدة التي عينها القانون . (القاعدة الثانية) جواز النزول عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه ، ويلحق بهذه القاعدة جواز النزول عن المدة التي انقضت أثناء سريان التقادم ولو لم تكتمل مدة التقادم كلها .

= (وهذا النص الوارد في التقادم للكسب كان يطبق أيضاً في التقادم المسقط) .

م ٢٧٠/٢٠٦ : إذا كان لدين واحد عدة دائتين ، وانقضت المدة المقررة لتصلحه من دين أحدهم ، فلياق للدائنتين أن يتسكرا بمعنى تلك المدة ولو لم يتسك بها المدين المذكور تدليلاً منه وإضراراً بمقتوهم (وهذا النص الوارد في الدعوى غير للنهارة كان يطبق أيضاً في الدعوى البوليسية) .

(وأحكام التقنين المدني السابق تتفق مع أحكام التقنين المدني الجديد) .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٣٨٥ (مطابقة لمادة ٣٨٨ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني الليبي م ٣٧٥ (مطابقة لمادة ٣٨٨ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٤٤٣ : ١ - لا يجوز التنازل عن الدفع بعدم سماح الدعوى لموود لزمان قبل ثبوت الحق في هذا الدفع ، كما لا يجوز الاتفاق على عدم جواز سماح الدعوى بعد مدة تختلف عن المدة التي حددها القانون . ٢ - وإنما يجوز لكل شخص يملك التصرف في حقوقه أن يتنازل ، ولو دلاله ، عن الدفع بعد ثبوت الحق فيه ، حل أن هذا التنازل لا ينفذ في حق الدائنتين إذا صدر إضراراً بهم .

(وأحكام التقنين العراقي تتفق مع أحكام التقنين المصري : انظر الأستاذ حسن الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ٣٩٥ ، ويلحق إلى جواز الاتفاق على تقصير مدة التقادم حل خلاف النص المصري) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٣٤٦ : لا يجوز للدائن (صحتة المدين) أن يعدل مقدماً حكم مرور الزمن ولا أن يطيل أو يقصر مدته ، وإنما يجوز له أن يعدل عنه بعد الحصول عليه . ويكون عدوله صريحاً أو ضمنياً . وإذا كان لعدوله صفة الاحتياط ، جاز لدائنيه أن يحصلوا حل إبطال ذلك العدول بإقامة الدعوى البوليسية .

(وأحكام التقنين اللبناني تتفق مع أحكام التقنين المصري) .

١٥ - عدم جواز النزول عن التقادم مقدماً قبل ثبوت الحق فيه

٦٥٦ - الأسباب التي ترفع المي حرم جواز النزول مقدماً

عن التقادم : ينص القانون صراحة على عدم جواز النزول عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه . فلا يجوز إذن أن يتفق الدائن والمدين على عدم إمكان تقادم الدين بعد اكتمال مدة التقادم التي عينها القانون . وليس ذلك راجعاً إلى أن التقادم يعتبر من النظام العام ، وإلا لما جاز أيضاً النزول عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه . وإنما يرجع ذلك إلى أنه لو أجاز للدائن أن يشترط على المدين عدم إمكان تقادم الدين ، لاستطاع الدائنون أن يفرضوا هذا الشرط على المدينين ، ذ الدائن هو الذي على المدين شروط الدين ، ولأصبح هذا الشرط شرطاً مألوفاً في التعامل (clause de style) ، ولترتب على ذلك أن يهدم نظام التقادم من أساسه (١) .

أما إذا اكتملت مدة التقادم ، وصار المدين هو سيد الموقف يستطيع أن يدفع بسقوط الدين لتقادمه ، ثم أراد بالرغم من ذلك أن ينزل بطوعه من التمسك بالتقادم بعد ثبوت حقه فيه ، فليس في هذا النزول إهدار للحماية التي أرادها القانون للأوضاع المستقرة . بل إن ترك المدين لضميره على عليه واجبه هو خير ما يفعله القانون ، للتوفيق بين استقرار الأوضاع ونزاهة التعامل .

٦٥٧ - حرم جواز النزول عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه

يسرى على جميع أنواع التقادم : وحظر النزول عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه ينطبق على جميع أنواع التقادم ، أياً كانت مدته . فالتقادم العادي

(١) هذا إلى أنه يصيب على المدين ، وقت التعاقد على الدين ، أن يرفض شرط الدائن من أن الدين لا يتقادم . فهو لا يستطيع أن يقول للدائن إنه يأبى إلا أن الدين يسقط بالتقادم ، ولو لم يوف به . وإذا كان القانون قد أعطى المدين مجايته ، فهو لم يفعل ذلك لمصلحة المدين ، ولا للأضرار بالدائن ، ولكن تثبيتاً للأوضاع المستقرة . فلا يملك الطرفان أن يهدوا هذه الاعتبارات ، ولو باتفاق يتم بينهما كل ذلك .

بخمسة عشرة سنة لا يجوز النزول عنه مقدماً للاعتبارات التي قدمناها . ولا يجوز كذلك النزول عن تقادم الحقوق الدورية المتجددة بخمس سنوات ، فان الغرض من التقادم في هذه الحالة هو عدم تراكم الديون على المدين كما قلنا ، وهذا سبب يكفي وحده لتبرير تحريم النزول مقدماً عن هذا التقادم . وهذا السبب نفسه هو الذي يبرر تحريم النزول مقدماً عن تقادم حقوق أصحاب المهن الحرة بخمس سنوات . أما تقادم حقوق التجار والصناع وأصحاب الفنادق والمطاعم والعمال والخدم والأجراء بسنة واحدة فيقوم على قرينة الوفاء ، ومن ثم كان النزول عنه مقدماً مصادرة لقرينة معقولة قبل أن تتحقق . ونصدق الاعتبارات المتعلقة باستقرار التعامل في تبرير تحريم النزول مقدماً عن تقادم الثلاث السنوات في دعاوى الإبطال ودعاوى العمل غير المشروع ودعاوى الإثراء بلا سبب .

٦٥٨ - حرمان المدين من الاعتراض على إطالة مدة التقادم أو على

تقصيرها - امانة : وقد رأينا أن الفقرة الأولى من المادة ٣٨٨ مدني تقول أيضاً إنه « لا يجوز الاتفاق على أن يتم التقادم في مدة تختلف عن المدة التي بينها القانون » . فلا يجوز الاتفاق إذن على إطالة مدة التقادم ولا على تقصيرها . وقد سبق أن بينا (١) أن مدد التقادم من النظام العام ، ولا يجوز أن يترك تحديد مددها لمشيئة الأفراد (٢) . ولو أننا أجبنا إطالة مدة التقادم ، أيأ كانت هذه

(١) انظر آتياً فقرة ٦١٢ .

(٢) ومع ذلك قد يجيز القانون في بعض الحالات الاستثنائية الاتفاق على إطالة مدة التقادم أو على تقصيرها . من ذلك ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة ٥٠٢ مدني من أنه « تسقط بالتقادم دعوى التأمين إذا انقضت سنة من وقت تسليم المبيع ولو لم يكشف المشتري العيب إلا بعد ذلك ، ما لم يقبل البائع أن يلتزم بالتأمين لمدة أطول » . ومن ذلك ما راعاه المشرع من حماية المؤمن له والمستفيد في عقد التأمين ، فأجاز في المادة ٧٥٣ مدني الاتفاق على ما يخالف النصوص السابقة على هذا النص إذا كان ذلك لمصلحة المؤمن له أو لمصلحة المستفيد . ومن هذه النصوص التي تجوز مخالفتها بالاتفاق نص المادة ١/٧٥٢ ويقضي بأن « تسقط بالتقادم الدعاوى الناشئة عن عقد التأمين بانقضاء ثلاث سنوات من وقت حلول الواقعة التي تولدت منها هذه الدعاوى » . ومن ثم يجوز الاتفاق على إطالة هذه المدة أو على تقصيرها ، إن كان ذلك في مصلحة المؤمن له أو في مصلحة المستفيد . انظر الأستاذ إسحاق غانم في أحكام الالتزام فقرة ٣٠٨ .

المدة لجواز اتخاذ هذه الإباحة وسيلة إلى التزول عن التقادم قبل أن يتم . وما على الطرفين إلا أن يطبلا مدة التقادم إلى أجل أو إلى آجال بعيدة ، في اتفاق واحد أو في اتفاقات متعاقبة ، ويؤدي هذا عملاً إلى زول المدين مقدماً عن التقادم قبل ثبوت حقه فيه ، وهذا ما لا يجوز . كذلك لا يجوز الاتفاق على تقصير مدة التقادم ، لأن إقرار صحة هذا الاتفاق لا يؤمن معه الاعتراف ، وبخاصة في عقود النقل وفي عقود التأمين . وقد قلنا أن الاتفاق على تقصير مدة التقادم كان جائزاً في عهد التتبعين الملتزمين السابق ، وفقاً لما جرى عليه القضاء الفرنسي . وتكتفي هنا بالإحالة إلى ما قلناه هناك (١) .

٦٥٩ - كيف تطول مدة التقادم بطرق أخرى : على أن ما قررهنا

من عدم جواز الاتفاق على إطالة مدة التقادم لا يمنع من أن مدة التقادم قد تطول فعلاً بطرق أخرى . فإذا وقف سريان التقادم ، طالبت مدته بمقدار المدة التي وقف فيها عن السريان . وإذا انقطعت مدة التقادم ، طال التقادم بمقدار المدة التي انقطع في آخرها وهي المدة التي أصبحت لا يعتد بها ، وبمقدار المدة التي ينشأ فيها سبب الانقطاع نافذ الأثر .

وقد قلنا أنه يجوز للدائن والمدين أن يتفقا على تأخير مبدأ سريان التقادم عن طريق اعتبار سلسلة من الصفقات مرتبطة بعضها ببعض ، فكأنها صفقة واحدة لا تنتجراً . وعند ذلك لا يسرى التقادم إلا بعد أن تم حلقات هذه السلسلة ، فيتأخر مبدأ سريان التقادم إلى أن تم آخر حلقة من هذه الصفقات (٢) . فإذا ما تأخر مبدأ سريان التقادم على النحو المتقدم الذكر ، فقد طالبت مدته بتأخير مبدأ سريانه (٣) .

(١) انظر آنفاً فقرة ٦١٢ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٦١٨ .

(٣) ويجوز للقضاء الفرنسي أن يتفق الطرفان على وقف سريان التقادم لمدة معينة لأسباب تستوجب ذلك ، كما إذا اتفقا على وقف التقادم خلال مدة تحقيق جنائي أو تحقيق إداري أو خلال المدة التي تدور فيها مفاوضات الصلح . ومن ثم تطول مدة التقادم بقدر ما وقف من سريانه . ويقول الأستاذان بوردو وتيسيه أنه ليس في هذا الاتفاق ما ينشئ أسباباً جديدة لوقف التقادم ، وإنما هو تطبيق لمبدأ الصلح فيما لا يسلط مع النظام العام . وليس في النظام العام ما يمنع من

٢٩ - جواز النزول عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه

٦٦٠ - النزول الصريح والنزول الضمني : قلنا أنه إذا اكتملت

مدة التقادم ، وثبت حق المدين في التمسك به ، فإن نزوله عنه بعد ثبوت حقه فيه جائز . فهو لا يخشى عندئذ من ضغط الدائن ما كان يخشاه قبل أن يبدأ التقادم أو قبل أن يكتمل ، فإن هو اختار مع ذلك أن ينزل عن التقادم وأن يوفي الدين ، فهو لم يفعل ذلك بضغط من الدائن بل استجابة لداع من الضمير .

وقد يكون نزول المدين عن التقادم بعد ثبوت حقه فيه صريحاً . ولا يشترط في النزول الصريح شكل معين أو عبارات خاصة ، فكل تعبير عن الإرادة يفيد معنى النزول يعتد به . وقد يكون النزول الصريح مكتوباً ، كأن يحرر المدين على نفسه سنداً بالدين بعد تقادمه ويكتب في السند أنه نزل عن التمسك بالتقادم فيه . كما يكون النزول الصريح شفهاً باللفظ ، ولكن يجب في إثبات هذا النزول - وهو تصرف قانوني - اتباع القواعد العامة في الإثبات ، فيجب الإثبات بالكتابة أو بما يقوم مقامها إذا زادت قيمة الدين المقادم على عشرة جنهات .

وقد يكون النزول عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه ضمناً . وأكثر ما يكون ذلك في دعوى الدين رفعها الدائن على المدين ، فيتعهد المدين بإخفاق الدفع بالتقادم ، بحيث يفهم من موقفه ، أنه لا يريد الالتجاء إلى هذا الدفع (١) . ولكن ليس من الضروري أن يستخلص من تأخير المدين الدفع بالتقادم أنه قد نزل عنه ، فقد قلنا أن للمدين أن يدفع بالتقادم في أية حالة كانت عليها الدعوى ولو أمام محكمة الاستئناف لأول مرة ، ما لم يستخلص من ظروف تأخير الدفع أنه قد نزل عنه . وقاضى الموضوع هو الذى يقدر ما إذا كان

= الاتفاق على تأخير رفع الدعوى أو على وقف سريان التقادم لتحقيق مصلحة أو لقيام ضرورة ، فقد أجاز القانون إضافة أجل للدين لكن للطرفين بذلك من وقف التقادم إلى حلول هذا الأجل (بودرى ونيسيه ققرة ٦٣ - ققرة ٦٦) .

(١) المذكورة لإيضاحية للشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٤٥ .

يستخلص من موقف المدين ما يستفاد منه حتماً أنه قد نزل عن الدفع بالتقادم ، ولا يفترض ذلك عند التملك فإن النزول عن الحق لا يفترض (١). وقد يستخلص النزول الضمني من طلب المدين مهلة من الدائن لدفع الدين بعد تقادمه ، أو من تقديمه للدائن كفالة بالدين أو رهناً بعد اكتمال التقادم ، أو من دفعه قسطاً من الدين أو دفعه جزءاً من فوائده أو نحو ذلك من الأعمال التي تعتبر إقراراً بالدين ، وتكون أثناء سريان التقادم سبباً لقطعه ، وبعد اكتماله نزولاً ضمناً عنه (٢).

٦٦١ - الأهلية الواجبة للنزول عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه:
وتقول الفقرة الثانية من المادة ٣٨٨ مدني : «ولما يجوز لكل شخص يملك التصرف في حقوقه أن ينزل . فالأهلية الواجبة إذن للنزول عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه هي أهلية التصرف . فلا تكتفي أهلية الإدارة ، ولا تلزم أهلية التبرع (٣)» .

(١) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن المنازعة في وجود الدين لا تمنع من التملك بالتقادم ، فهو دليلاً يجوز التملك به احتياطياً كما يجوز التملك به أصلاً ، ولا يلزم من المنازعة في وجود الدين أنها تتضمن نزولاً عن التملك بالتقادم (٢٥ ديسمبر سنة ١٩٤٤ المجموعة الرسمية ٤٧ رقم ٣٥) .

(٢) أوبري وردو ١٢ فقرة ٧٧٦ ص ٥٧٢ - ص ٥٧٤ - بلانيول وديجير ودهوان ٧ فقرة ١٣٨٩ - وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن رضاء المدين بالمجز على ماله وبهية يعتبر نزولاً ضمناً عن التملك بالتقادم (١٦ ديسمبر سنة ١٩٤١ م ٥٤ ص ٢٥) . وقضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن الاتفاق للمفاضل أمام المحكمة بين المدعي والمدعى عليه على أن الأخير يقدم حساباً عن المبلغ المطلوب ، والإقرار بعد ذلك منه أنه قدم الحساب فعلاً ، يقطع المدة الطويلة إذا حصل أثناء سرياتها ، ويمنح حكمها إذا تم بعد انتهائها (٨ يونيو سنة ١٨٩٩ المجموعة الرسمية ١ ص ٩٩) . والنزول عن التقادم يجب أن يكون واضحاً لا محض فيه (استئناف مختلط ٢٩ يناير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٧٩) . فسكوت المدين عن التملك بالتقادم بالنسبة إلى الفوائد في محكمة أول درجة لا يعتبر نزولاً ضمناً عن التقادم ، إذا كان قد أنكر أصل الدين ذاته (استئناف مختلط ٣٠ مارس سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٣٥٢) .

وإذا كان المدين دائنات متعددة بدين واحد قابل للتقسام ، وكان الدائنون غير متضامنين ، فنزول المدين عن التقادم بالنسبة إلى أحدهم لا يعتد به بالنسبة إلى الباقين (استئناف مختلط ٩ أبريل سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٣٢٤) .

(٣) وبالرغم من أن النص صريح في أن الأهلية الواجبة هي أهلية التصرف لا أهلية التبرع ، فقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ما يلقى : «ويعتبر النزول بمنزلة التبرع ، وإن -

أما أن أهلية التبرع لا تلزم ، فذلك لأن الدين لا يسقط بمجرد اكتمال مدة التقادم ، بل لا بد من أن يتمسك المدين بالتقادم كما قدمنا . وهو لم يتمسك به ، بل نزل عن حقه فيه ، فدينه إذن باق لم يسقط . ولو كان دينه قد سقط بمجرد اكتمال مدة التقادم ، ثم لما نزل عن التمسك بالتقادم نشأ دين جديد في ذمته ، لكان متبرعاً بإنشاء هذا الدين الجديد ، ولوجب توافر أهلية التبرع فيه . ولكنه ، كما قلنا ، لا ينشئ ديناً جديداً في ذمته ، بل يستبقى ديناً قديماً ، وهذا الدين القديم وجب في ذمته من قبل فهو لا يتبرع بإنشائه من جديد .

وأما أن أهلية الإدارة لا تكفي ، فذلك لأن المدين ، بأسبقائه في ذمته ديناً قديماً كان يستطيع إسقاطه لو أنه لم ينزل عن حقه في التمسك بالتقادم ، لا يقوم بعمل مألوف من أعمال الإدارة ، بل هو يقوم بعمل أكبر خطراً من ذلك . فهو في موقف من يلزم ، إذ يبقى التزاماً كان في استطاعته أن يتخلص منه ، فلا تكفي إذن أهلية الإدارة ، بل يجب أهلية التصرف .

ويرتب على ذلك أن الصغير والمهجور لا يستطيع أى منهما أن ينزل عن حقه في التمسك بالتقادم . كذلك لا يستطيع الوصى أو القيم أن ينزل عن حق الصغير أو المهجور في التمسك بالتقادم ، من غير إذن المحكمة . ولا يستطيع الوكيل النزول عن التمسك بالتقادم ، إلا إذا أعطى توكيلاً خاصاً في ذلك .

٦٦٢ - أمر النزول عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه : وإذا نزل المدين عن التقادم صراحة أو ضمناً على النحو الذي قدمناه ، كان نزوله هذا تصرفاً قانونياً صادراً من جانب واحد ، لا حاجة فيه إلى قبول الدائن ، وكان ملازماً له لا يستطيع الرجوع فيه (١) .

وينبئ على ذلك أن الدين الذي اكتملت مدة التقادم فيه يبقى في ذمة المدين

= لم تنطو فيه حقيقة الافتقار . ويضرب على ذلك وجوب توافر أهلية التبرع ليعين يصدر منه التنازل (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٤٥) . وإذا تناقض النص الصريح مع المذكرة الإيضاحية ، وجب الأخذ بالنص الصريح .

(٥) استئناف مخطوط ١٢ يونيو سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٥٠٣ .

على نحو بات ، بعد أن كان مهدداً بالسقوط عن طريق الدفع بالتقادم ، ويجب على المدين الوفاء به للدائن .

ومن وقت النزول عن التقادم يبدأ تقادم جديد ، كما هو الأمر في انقطاع التقادم . والأصل أن تكون مدة التقادم الجديد هي نفس مدة التقادم القديم الذي نزل عنه المدين ، ولكن قد تختلف المدتان . فلو كانت مدة التقادم الذي نزل عنه المدين خمس عشرة سنة ، فإن مدة التقادم الجديد تكون دون ذلك خمس عشرة سنة أخرى تبدأ من وقت نزول المدين عن التقادم الأول . فلو أن المدين نزل عن الدين بعد أن انقضى على تكامله ستان ، فإن مدة الخمس عشرة سنة الأخرى تبدأ من وقت انقضاء سنتين على تكامل التقادم الأول ، أى بعد سبع عشرة سنة من مبدأ سريان هذا التقادم ، ومن ثم تطول مدة تقادم الدين إلى اثنتين وثلاثين سنة من أول وقت استحقاقه . ولو كانت مدة التقادم خمس سنوات ، في حقوق دورية متجددة ، ونزل المدين عن التقادم بعد تكامله ، كانت مدة التقادم الجديد خمس سنوات أيضاً ، حتى تتحقق الحكمة من هذا النوع من التقادم وهي عدم تراكم الديون في ذمة المدين . ولو كانت مدة التقادم خمس سنوات ، في حقوق أصحاب المهن الجرة ، ونزل المدين عن التقادم بعد تكامله ، كانت مدة التقادم الجديد خمس سنوات أيضاً ، ما لم يكن نزول المدين عن التقادم جاء عن طريق تحرير سند بالدين ، ففي هذه الحالة تكون مدة التقادم الجديد خمس عشرة سنة ، قياساً على حالة ما إذا حرر المدين سنداً بالدين في أثناء سريان التقادم ، وتطبيقاً للفقرة الثانية من المادة ٣٧٩ مدنى . ولو كانت مدة التقادم سنة واحدة ، في حقوق التجار والصناع وأصحاب الفنادق والمطاعم والعمال والخدم والأجراء ، ونزل المدين عن التقادم بعد تكامله ، فإن في نزوله هذا دحضاً لفريضة الوفاء التي قام عليها التقادم في هذه الحقوق ، فتكون مدة التقادم الجديد خمس عشرة سنة . ويستوى في ذلك أن يكون النزول عن التقادم بعد تكامله جاء عن طريق تحرير سند بالدين أو جاء عن أى طريق آخر ، وتقاس هذه الحالة على حالة التقادم الذى يسرى ضد الحكم النهاى الصادر بهذه الحقوق ، فإن مدة التقادم حينئذ تكون خمس عشرة سنة كما سبق القول .

وتقول العبارة الأخيرة من الفقرة الثانية من المادة ٣٨٨ مدنى : « وعلى أن هذا النزول لا ينفذ في حق الدائنين إذا صدر لإضرار بهم » . وفي هذا تطبيق

لتقواعد الدعوى البولصية على تصرف قانوني صدر من المدين ، هو نزوله عن التقادم بعد ثبوت حقه فيه . وقد رأينا من قبل تطبيق قواعد الدعوى غير المباشرة في نص الفقرة الأولى من المادة ٣٨٧ مدنى ، وهو نص قاطع للشك في جواز استعمال الدائتين لحق مدنيهم في التمسك بالتقادم . وإذا كان هذا النص الأخير ضرورياً ، إذ يزيل الشبهة في جواز استعمال الدائتين لحق متصل بشخص مدنيهم بل لرخصة لم ترق إلى مرتبة الحق (١) ، فإن نص الفقرة الثانية من المادة ٣٨٨ مدنى هو أيضاً نص ضرورى ، إذ يزيل الشبهة في جواز الطعن بالدعوى البولصية في تصرف للمدين لا ينقص من حقوقه ولا يزيد في التزاماته ، بل يقتصر به المدين على الامتناع عن إنقاص التزاماته ، فكان الواجب لولا النص ألا يقع تحت طائلة الدعوى البولصية (٢) . وفي هذه المسألة وحدها يخرج القانون على قواعد الدعوى البولصية ، أما في المسائل الأخرى فتبقى هذه القواعد سارية . ومن ثم يشترط أن يكون نزول المدين عن التمسك بالتقادم ، حتى يجوز الطعن فيه بالدعوى البولصية ، سببياً في إفسار المدين أو في زيادة إفساره (م ٢٣٧ مدنى) . فإذا كان المدين موسراً حتى بعد النزول عن التقادم ، فلا شأن لدائنيه في هذا النزول ما دامت حقوقهم مكفولة . ولما كان نزول المدين عن التمسك بالتقادم لا يعتبر تبرعاً كما قلنا ، فإنه يشترط ، لعدم نفاذ هذا النزول في حق الدائتين ، أن يكون منطوياً على غش من المدين وأن يكون الدائن الذى صدر النزول لمصلحته على علم بهذا الغش . ويكفى في ذلك ، كما تقول الفقرة الأولى من المادة ٢٣٨ مدنى ، أن يكون النزول قد صدر من المدين وهو عالم أنه معسر وأن يكون الدائن الذى صدر النزول لمصلحته على علم بهذا الإفسار (٢) . وهذه

(١) انظر ألفاً فقرة ٦٥٠ . وانظر الوسيط جزء ٢ فقرة ٥٤٢ .

(٢) انظر الوسيط جزء ٢ فقرة ٥٧٩ .

(٣) ولما كان نزول المدين عن التمسك بالتقادم اعتبر في المذكرة الإيضاحية المشروع انتهى ، نرى ، على خلاف النص الصريح كما قلنا ، فقد اقتضى ذلك من المذكرة الإيضاحية ألا تشترط ، لجواز الطعن بالدعوى البولصية في هذا النزول ، لا غش الدائن ولا غش المدين ، فقالت في هذا الصدد : « ويعتبر التنازل بمنزلة التبرع وإن لم تنطو فيه حقيقة الافتقار . ويطرح على ذلك ... جواز طعن الدائتين على هذا التنازل بطرين الدعوى البولصية ، دون أن يكون ثمة عمل لإقامة الدليل على غش الدائن الذى وقع التنازل لمصلحته فضلاً عن غش المدين » (مجموعة الأحكام التفسيرية ٣ ص ٣٤٥) .

المسائل مختلف عليها كل الاختلاف في فرنسا (١)، أما عندنا فالنصوص صريحة لا تسمح بتريديد هذا الاختلاف (٢).

= انظر في المني الذي نقول به الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ٣١٦ ص ٣٩٤ - وانظر : استئناف مخطط ١٦ ديسمبر سنة ١٩٤١ م ٥٤ ص ٢٥ - وقارن الأستاذ عبد المنعم البدراني في أثر معنى المدة في الالتزام فقرة ١٨١ ، واستئناف مخطط ١٨ مايو سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ١٠٨ .

(١) ذلك أن التفتين المدني الفرنسي لم يشتمل إلا على نص واحد في هذا الموضوع ، هو نص المادة ٢٢٢٥ . وهذا النص يقتضي بجواز أن يتسكك الدائنون بالتقادم ، حتى لو تزل المدين من التمسك به . وقد تشعبت المذاهب الفقهية في تفسير هذا النص ، ويعد بودرى وتيسيه من هذه المذاهب أربعة : ١ - فن الفقهاء من ذهب إلى قصر هذا النص على الدعوى غير المباشرة دون الدعوى البولسية ، فيجوز للدائنين التمسك بالتقادم إذا لم يتسكك به المدين ، وهذا هو معنى نزول المدين من التمسك بالتقادم الوارد في النص كما يفسرونه . ولكن إذا تزل المدين من التمسك بهذه مسألة ترجع إلى تسببه ، وهو بعد أن اتخذ هذا الموقف الإيجابي ونزل من التقادم لا يحيل للدائنين سبيلا إلى الطعن في هذا النزول ، لا سيما أنه لا يجوز الطعن بالدعوى البولسية في تصرف لا يعد افتقاراً بل هو امتناع عن الإجراء . ٢ - ومن الفقهاء من ذهب إلى أن النص يشمل الدعوى غير المباشرة والدعوى البولسية معاً ، ولكن يشترطون لجواز الطعن بالدعوى البولسية إثبات غش المدين في نزوله من التمسك بالتقادم (تولوج فقرة ١٠١ وما بعدها - ماركاديه م ٢٢٢٥ فقرة ٢ - جيلوار فقرة ٢٤٢) . ٣ - ومن الفقهاء من ذهب إلى جواز الطعن بالدعوى البولسية حتى لو لم يثبت غش في جانب المدين ، ويكفي أن يكون نزوله من التقادم قد سبب إصابه أو زاده في هذا الإضرار . ويقول بودرى وتيسيه إن هذا الرأي هو الذي رجح في الفقه وفي القضاء (ديكراتون ٢١ فقرة ١٥٠ - ديولوب ١٩ فقرة ٢١٩ - فقرة ٢٢٣ - أوبري ورو ٤ فقرة ٣١٢ هامش رقم ١٨ - كوليه دي سانتير ٨ فقرة ٣٣٢ مكررة خامساً) . ٤ - ومن الفقهاء آخرين من ذهب إلى جواز الطعن بالدعوى البولسية ، حتى لو لم يثبت غش في جانب المدين ، وحتى لو لم يثبت أن نزوله من التقادم قد سبب إصابه أو زاده في هذا الإضرار (لوران ٣٢ فقرة ٢٠٩ - فقرة ٢١٠ وفقرة ٢٢٠ - هيك ١٤ فقرة ٣٣٣ - فقرة ٣٣٤) . ويقول بودرى وتيسيه أنه يصعب النفاذ من هذا الرأي فهو يتعارض مع أحكام الدعوى البولسية ومع أحكام التقادم . انظر في هذه الآراء المختلفة بودرى وتيسيه فقرة ١١٣ - فقرة ١١٩ . وقد تمتنا أن التفتين المدني المصري وضع نصاً للدعوى غير المباشرة (م ٢٨٧/١) ونصاً آخر للدعوى البولسية (م ٢/٣٨٨) ، ففصل بين الدعويين ، حيث جمعهما التفتين المدني الفرنسي في نص واحد فأورث الحكم كل هذا التموض .

(٢) وإذا تزل المدين من التمسك بالتقادم في الدعوى المرفوعة عليه من الدائن فقتضى عليه بالدين ، وفات دالته أن يتدخلوا في الدعوى ليظنوا في نزول المدين بالدعوى البولسية ، فإن لم أن يظنوا في الحكم بطريق اعتراض الخارج عن الخصومة ، بشرط أن يثبتوا غش منهم =

وقد قلنا أن الدائنين إذا تجحروا في الطعن في نزول المدين عن التمسك بالتقادم تطبيقاً لأحكام الثانية من المادة ٣٨٨ مدني ، فإن عليهم بعد ذلك أن يتمسكوا بالتقادم نيابة عن مدينهم تطبيقاً لأحكام الفقرة الأولى من المادة ٣٨٧ مدني (١) .

٦٦٣ - جواز النزول عن المرة التي انقضت في غفاد لم تكمل:

وقد يقع أن المدين ينزل عن التقادم ، لا قبل سريانه فيكون نزولاً عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه ومن ثم يكون باطلاً ، ولا بعد تكامله فيكون نزولاً عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه ومن ثم يكون صحيحاً ، ولكن أثناء السريان . وهذا النزول يكون صحيحاً فيما يتعلق بالمدة التي انقضت لأنه نزول عن حق في مدة قد انقضت فعلاً ، وباطلاً فيما يتعلق بالمدة الباقية لأكمل التقادم لأنه نزولاً عن مدة مستقبلية لم يثبت للمدين حق فيها . ومن ثم نزول المدة التي انقضت بالنزول عنها ، ولا يعتد بها في حساب التقادم . ويبدأ تقادم جديد يسرى من وقت النزول عن المدة التي انقضت ، لا من وقت اكتمال التقادم السابق .

والتكييف الصحيح لهذا النوع من النزول إنما هو قطع التقادم عن طريق إقرار المدين بحق الدائن . ذلك أن المدين ، إذا نزل عن المدة التي انقضت في تقادم لم يكتمل ، إنما يقر بحق الدائن ، فيقطع الإقرار التقادم ، ولا يعتد بالمدة

= وتواطؤه مع الدائن الذي نزل له عن التمسك بالتقادم (انظر المادة ٤٥٠ من تقنين المرافعات - بودري وتيسيه فقرة ١٢٠) .

(١) وإذا كان الحق يتقادم بسنة واحدة ويقوم التقادم فيه على قرينة الوفاء وتوجه فيه اليين إلى التمسك بالتقادم ، وجب التمييز بين حالتين : (أ) حالة ما إذا انقصر المدين على عدم التمسك بالتقادم ، فتمسك به الدائنون نيابة عن مدينهم عن طريق الدعوى غير المباشرة ، ففي هذه الحالة يوجه القاضي اليين إلى المدين لا إلى الدائنين (أنسيكلويدى دالوز ؛ لفظ *prescription civile* فقرة ٤٨٤ - وقارن الأستاذ عبد المنعم البداوي في أثر معنى المدة في الالتزام فقرة ١٨٢) . (ب) وحالة ما إذا لم يقتصر المدين على عدم التمسك بالتقادم ، بل نزل عنه نزولاً إيجابياً ، ففي هذه الحالة لا يجوز للدائنين الطعن في هذا النزول بالدعوى البوليسية ، لأن التقادم هنا مبني على قرينة الوفاء ، وقد انتفت هذه القرينة بنزول المدين عن التقادم (الأستاذ عبد المنعم البداوي في أثر معنى المدة في الالتزام فقرة ١٨٢) .

التي انقضت ، كما سبق القول عند الكلام في انقطاع التقادم بالإقرار (١) .
ويترب على هذا التكييف أمران : (١) أن التقادم الجديد الذي يعقب
التقادم السابق يكون مدته هي مدة التقادم السابق أو تختلف عنها ، وفقاً
للأحكام التي قلناها عند الكلام في انقطاع التقادم . فتكون المدة خمس عشرة
سنة بدلاً من خمس في حقوق أصحاب المهن الحرة إذا كان نزول المدين عن
طريق تحرير سند بالدين ، وبدلاً من سنة واحدة في حقوق التجار والصناع
والعمال ومن إليهم بمجرد الإقرار بحق الدائن عن طريق النزول عن المدة التي
انقضت ، سواء كان الإقرار عن طريق تحرير سند بالدين أو عن أى طريق
آخر . (٢) وما دام النزول عن المدة التي انقضت في تقادم لم يكتمل إنما هو
قطع للتقادم ، فالأهلية الواجبة فيه ليست هي أهلية التصرف كما في النزول عن
التقادم المكتمل (٢) ، بل هي أهلية الإدارة وهي الأهلية الواجبة في قطع التقادم
كما سبق القول (٣) .

المبحث الثاني

الآثار التي تترتب على التقادم

- ٦٦٤ - **النصوص القانونية** : تنص المادة ٣٨٦ من القانون المدني
على ما يأتي :
- ١ - يترتب على التقادم انقضاء الالتزام . ومع ذلك يتخلف في ذمة
المدين التزام طبيعي .
- ٢ - وإذا سقط الحق بالتقادم سقطت معه الفوائد وغيرها مع

(١) انظر آنفاً فقرة ٦٣٣ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٦٦١ .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٦٣٣ . وانظر بلانيول وريبير ورموان ٧ فقرة ١٣٨٩ مكررة .

الملحقات ، ولو لم تكتمل مدة التقادم الخاصة بهذه الملحقات (١) .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ٢٠٤/٢٦٨ (٢) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٣٨٣ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٣٧٣ - وفي التقنين المدني العراقي المادتين ٤٤٠ - ٤٤١ - وفي تقنين الموجبات والقيود اللباني المادتين ٣٦٠ - ٣٦١ (٣) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٣ من المشروع المتهدي حل وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٦٩ من المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فجلس للشيوخ تحت رقم ٣٨٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٤٠ - ص ٣٤١) .

(٢) التقنين المدني السابق م ٢٠٤/٢٦٨ : مضى المدة المقررة بالقانون يترتب عليه سقوط التمسك واعتبار براءة المتعهد منه إذا تمسك بذلك . (وتتفق أحكام التقنين المدني السابق مع أحكام التقنين المدني الجديد) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٣٨٣ (مطابقة لمادة ٣٨٦ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني الليبي م ٣٧٣ (مطابقة لمادة ٣٨٦ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٤٤٠ : لا يسقط الحق بمرور الزمان ، فإذا أقر المدعى عليه بالحق أمام المحكمة أخذ بإقراره ، ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك .

م ٤٤١ : إذا لم تسمع الدعوى بالحق لمرو الزمان ، فلا تسمع الدعوى بالفوائد وغيرها من الملحقات ، حتى لو لم تكمل المدة المقررة لعدم سماح الدعوى بهذه الملحقات .

(ويختلف التقنين العراقي عن التقنين المصري في أن المدين ، في التقنين العراقي ، إذا أقر بالحق أمام المحكمة بعد تكامل مدة التقادم - سواء تمسك بالتقادم أو لم يتمسك به - أخذ بإقراره وذلك في غير الحقوق التي يقوم التقادم فيها حل غير قرينة الوفاء كالحقوق العينية المتجددة ، فهذه لا يجوز سماح الدعوى فيها حتى لو أقر المدين : انظر الأستاذ حسن الذنون في أحكام الالتزام في التقنين المدني العراقي فقرة ٣٩٩ . أما في مصر ، إذا أقر المدين بالحق بعد اكتمال مدة التقادم ، فإن كان ذلك قبل التمسك بالتقادم ، جاز اعتبار الإقرار زولاً عن التمسك به . وإن كان بعد التمسك بالتقادم ، في غير تقادم السنة ، فالتقادم يسقط الحق رغم هذا الإقرار) .

تقنين الموجبات والقيود اللباني م ٣٦٠ : إن حكم مرور الزمن يمد بمثابة برهان على إبراء ذمة المدين ، وقرينة الإبراء الناشئة عنه لا ترد ولا تقبل برهاناً على العكس .

م ٣٦١ : إن حكم مرور الزمن لا يقتصر على إسقاط حق الدائن في إقامة الدعوى ، بل - (م ٧٣ - الوسط)

ويخلص من هذا النص أن الالتزام ينقضى بالتقادم . ويجب في هذا الصدد أن نميز ، عند اكتمال مدة التقادم ، بين حالتين : (١) قبل التمسك بالتقادم (٢) بعد التمسك به .

٦٦٥ - التزام اكتملت مدة تقادمه قبل التمسك بالتقادم :

فاذا كان الالتزام قد اكتملت مدة تقادمه ، ولكن المدين لم يتمسك بعد بالتقادم ، فهو في هذه الفترة التزام مدني قائم كما كان أثناء سريان مدة التقادم . ولا تتغير طبيعة الالتزام بمجرد تكامل هذه المدة ، لأن التقادم لا يقضي الالتزام إلا إذا تمسك به المدين (١) .

ويخلص مما تقدم أن الالتزام يكون في هذه الفترة التزاماً مدنياً واجب الوفاء . وترتب على ذلك نتائج هامة نذكر منها ما يأتي :

(١) إذا وفى المدين بالالتزام في هذه الفترة ، فانه يوفى بالالتزام مدني مستحق الأداء . فهو لا يستطيع بعد أن وفى به للدائن أن يسترده منه ، بدعوى أنه دفع ديناً انقضى بالتقادم ، وهذا حتى لو كان الوفاء صدر عن غلط ، وكان المدين وقت أن وفى بالمدين لا يعلم باكتمال مدة التقادم ، وظن أن المدة لا تزال سارية دون أن تكتمل (٢) .

= يسقط أيضاً الموجب نفسه ، فلا يمكن بعد ذلك الاستفادة منه بوجه من الوجوه ، لا بإقامة دعوى ولا بتقديم دفع . حل أن المدين الذي أهرأه مرور الزمن من الوجهة المدنية يظل مقيداً بموجب طبيعى يمكن اقتضاه سلباً للإبقاء .

(أحكام التقنين اللبناني تتفق مع أحكام التقنين المصرى . وقد جعل التقنين اللبناني التقادم قربة على براءة ذمة المدين ، وكان الأولى ترك الأساس الذى يقوم عليه التقادم لفقته ، فيستور في مرونة لا يعوقها نص تشريعى . ونفس التقنين اللبناني صراحة على عدم صلاحية الحق المتقادم لأن يكون دفئاً ، فخرج بذلك على قاعدة أبدية الدفع . ولم يعرض التقنين المصرى لهذه المسألة بل تركها لفقته ، والرأى الغالب فى الفقه هو الأخذ بقاعدة أبدية الدفع) .

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « ولا ينقضى الالتزام قبل التمسك بالتقادم بمجرد انقضاء المدة المسقطه » ، بل يظل التزاماً مدنياً إلى أن يدفع بتقادمه » (مجموعة الأعمال التفسيرية ٣ ص ٣٤١) .

(٢) وهذا هو ما قضت به محكمة النقض الفرنسية وما نص عليه صراحة التقنين المدنى الألمانى . فقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأن المدين لا يسترد ما وفاه وهو جاهل باكتمال التقادم ، مادام =

(٢) إذا قدم المدين كفيلاً للدين الذى اكتملت مدة تقادمه دون أن يتمسك بالتقادم ، سواء علم باكتمال المدة أو لم يعلم ، صحت الكفالة ، إذ الكفيل يضمن التزاماً مدنياً قائماً . فإذا كان المدين يعلم ، عند ما قدم الكفيل ، بأن المدة قد اكتملت ، اعتبر تقديمه للكفيل نزولاً منه عن حقه فى التمسك بالتقادم . أما إذا كان لا يعلم باكتمال المدة ، جاز له أن يتمسك بعد ذلك بالتقادم فيسقط الدين ، وجاز لكفيله فى هذه الحالة أن يدفع هو أيضاً بسقوط الدين للتقادم (١) .

(٣) إذا ترتب فى ذمة الدائن للمدين دين توافرت فيه شروط المقاصة بالدين الذى له فى ذمة المدين ، فإن المقاصة تقع بين الدينين إذا تمسك الدائن بالمقاصة قبل أن يتمسك المدين بالتقادم . ذلك أن تمسك الدائن بالمقاصة يجعل الدينين يتقاضيان بمجرد تلاقيهما ، وقد تلاقيا فى وقت كان فيه الدين الذى اكتملت مدة تقادمه لا يزال ديناً مدنياً ، إذ لم يكن المدين قد تمسك بالتقادم عند ما تمسك الدائن بالمقاصة ، فتوافرت شروط المقاصة وانقضى الدينان . فإذا جاء المدين بعد ذلك وتمسك بالتقادم ، فإنه يكون قد فصل ذلك متأخراً ، إذ وقت أن تمسك بالتقادم كان الدين قد انقضى بالمقاصة (٢) . وحكم

= الوفاء كان تلقائياً كان باعتباره دون ضغط من الدائن أو تهديد منه بتخاذ إجراءات قضائية لنقض فرلى ١٧ يناير سنة ١٩٣٨ دالوز ١٩٤٠ - ١ - ٥٧ - ٤ ديسمبر سنة ١٩٤٤ دالوز ١٩٤٥ - ١٣٥ - ٢١ فبراير سنة ١٩٤٩ دالوز ١٩٤٩ - ٢٠٨ - وانظر بلانويول وريبير وردوان ٧ فترة ١٣٩٣) . ونقض محكمة الموسيقى بأن المدين إذا طُلب بدین غن أنه ملزم به مدنياً فدفعه ، فى حين أن هذا الدين كان قد سقط الحق فيه بمضى المدة ، لم تقبل منه دعوى استرداد هذا المبلغ لأنه دفعه بإرادته (١٨ مارس سنة ١٩٠٦ المجموعة الرسمية ٧ رقم ٦٨ ص ١٤٢) . وتنص المادة ٢٢٢ من التقنين المدنى الألمانى على أنه « إذا اكتملت مدة التقادم ، كان الملزم الحق فى رفض الوفاء بالدين . ولكن ما دفعه وفاء لمطالبة تقادمت لا يجوز له استرداده ، حتى لو كان الوفاء قد تم وهو جاهل بالتقادم . ويسرى هذا الحكم أيضاً فى حالة ما إذا صدر من الملزم إقرار تعاضدى بالدين ، أو تقدم بضمان لكفاله » . انظر التعليقات على التقنين المدنى الألمانى ١ م ٢٢٢ فترة ١ - فترة ٢ .

(١) قارن المادة ٢٢٢ من التقنين المدنى الألمانى والتعليقات على التقنين المدنى الألمانى ١

م ٢٢٢ فترة ٢ .

(٢) والمفروض هنا أن الدينين وقت أن تلاقيا كان أحدهما قد اكتملت مدة تقادمه دون أن يتمسك المدين بالتقادم ، ولذلك وجب أن يكون تمسك الدائن بالمقاصة سابقاً على تمسك المدين بالتقادم . أما إذا كان الدين لم تكمل مدة تقادمه وقت أن تلاق بالدين المقابل ، فإنه يسقط =

المقاصة هنا هو حكم الوفاء بالدين المتقادم قبل التمسك بتقادمه ، لأن المقاصة ضرب من الوفاء .

٦٦٦ - التزام اكتملت مرة تقادم بغير التمسك بالتقادم : ويتغير الحكم إذا اكتملت المدة وتمسك المدين بالتقادم ، فانه بمجرد أن يتمسك المدين بالتقادم على النحو الذى فصلناه يسقط الدين وتوابعه . وهناك رأى يذهب إلى أن التقادم يلحق الدعوى دون الحق ، ولكن الظاهر هو أن التقادم يسقط الحق نفسه هو ودعواه جميعاً . وأياً كان الرأى فى سقوط الدعوى دون الحق أو فى سقوط الدعوى والحق معاً ، فانه يتخلف عن الالتزام المدنى التزام طبيعى ، فان سقطت الدعوى دون الحق فقد أصبح الحق مجرداً من الدعوى وانحدر الالتزام المدنى إلى التزام طبيعى ، وإن سقط الحق والدعوى معاً فقد بقى فى ذمة المدين واجب أدبى ارتقى إلى مرتبة الالتزام الطبيعى .

فهناك إذن ثلاث مسائل نبحثها على التعاقب : (١) سقوط الدين وتوابعه عند التمسك بالتقادم (٢) تأصيل هذا السقوط وهل يلحق الدعوى دون الحق أو يلحق الدعوى والحق جميعاً (٣) تخلف التزام طبيعى عن الالتزام المدنى الذى سقط بالتقادم .

المطلب الأول

سقوط الدين وتوابعه عند التمسك بالتقادم

٦٦٧ - سقوط الدين وتوابعه : إذا تمسك المدين بالتقادم على النحو الذى بسطناه ، فان الدين يسقط ، ولا يستطيع الدائن أن يجبر المدين على أدائه (١) .

= بالمقاصة حتى لو كان التمسك بها لاحقاً لتمسك المدين بالتقادم . وقد رأينا أن المادة ٣٦٦ مدنى تنص على هذا الحكم صراحة إذ تقول : « إذا كان الدين قد مضت عليه مدة التقادم وقت التمسك بالمقاصة ، فلا يمنع ذلك من وقوع المقاصة به رغم التمسك بالتقادم ، ما دامت هذه المدة لم تكن قد تمت فى الوقت الذى أصبحت فيه المقاصة ممكنة » . انظر آنفاً فقرة ٥٥١ .

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٤٠ -

ويسقط مع الدين توابعه من كفالة ورهن رسمى وحق امتياز وحق اختصاص وما إلى ذلك ، فتراثاً ذمة الكفيل وينقضى الرهن والامتياز والاختصاص بانقضاء الدين الأصلى بالتقادم (١) ، فان التابع يزول بزوال الأصلى (٢) .

كذلك يسقط مع الدين ما استحق من فوائد وملحقاته باعتبارها توابع للدين ، حتى لو لم تكن هذه الفوائد والملحقات قد سقطت هى ذاتها استقلالاً بالتقادم . ذلك أنه يمكن أن تنصور سقوط الفوائد والملحقات بالتقادم استقلالاً دون سقوط الدين الأصلى ، فاذا مضى على استحقاق الفوائد مثلاً خمس سنوات سقطت ، وقد لا يسقط الدين الأصلى إلا بخمسة عشرة سنة : فتسقط الفوائد دون أن يسقط الدين . أما إذا سقط الدين بالتقادم ، فان الفوائد والملحقات تسقط حتماً معه ، حتى لو لم يمض عليها مدة التقادم الخاص بها . فاذا تقادم الدين وسقط ، سقط معه ، ليس فحسب الفوائد التى مضى على استحقاقها خمس سنوات فهذه تسقط بالتقادم استقلالاً عن الدين ، بل تسقط أيضاً الفوائد التى لم يمض على استحقاقها خمس سنوات . وهذه تسقط تبعاً لسقوط الدين الأصلى ، وقد سقط هذا بأثر رجعى كما سنرى ، فتسقط تلك بسقوطه سقوطاً يستند إلى الماضى . وقد رأينا الفقرة الثانية من المادة ٣٨٦ مدنى تنص على هذا الحكم

(١) استئناف مدنى ٢ أبريل سنة ١٨٩٦ انقضاء ٣ ص ٣٤٢ .
(٢) ويحق التابع ما بقى الأصلى ، فإذا كان الدين الأصلى باقياً ، بقيت ضماناته ولو اكتملت بالنسبة إليها مدة التقادم ، مادام الدين الأصلى - بسبب انقطاع التقادم مثلاً - لم يتقادم (بودوى وتيسيه فقرة ٦١٢ مكررة) .

وتنص المادة ٢٢٣ من الترتيب المدنى الألمانى بأن تقادم الدين لا يبنى رهن الحيازة ولا الرهن الرسمى ، بل يبق الرهتان متبقيين لأثرهما بالرغم من تقادم الدين (سالى م ٢٢٣ ص ٢٢٩) . وهذا الحكم يمكن التسليم به فى القوانين للاتينية ، فى رهن الحيازة دون الرهن الرسمى ، فإن رهن الحيازة ، كما قلنا ، يمنع من تقادم الدين ، فيبقى الدين قائماً ما دام لشيء المرهون فى حيازة الدائن . أما فى القانون الألمانى فيمكن تمثيل بقاء كل من رهن الحيازة والرهن الرسمى بالرغم من تقادم الدين بأن التقادم ، فى الفقه الجرماني ، إذا أسقط عنصر المسئولية فى الالتزام ، فإنه يبق عنصر المديونية ، وإلى هذا العنصر يستند رهن الحيازة والرهن الرسمى (انظر ما يلى فقرة ٦٧٢ فى الحامش) .

صراحة إذ تقول : « وإذا سقط الحق بالتقادم ، سقطت معه الفوائد وغيرها من الملحقات ولو لم تكتمل مدة التقادم الخاصة بهذه الملحقات (١) » .

٦٦٨ - سقوط المدين بأثر رجعي : وإذا سقط الدين بالتقادم ، سقط بأثر رجعي ، واستند سقوطه إلى الوقت الذي بدأ فيه سريان التقادم ، لا إلى الوقت الذي اكتملت فيه مدة التقادم (٢) . يدل على ذلك في وضوح سقوط الحق في الفوائد والملحقات ولو لم تكتمل مدة التقادم الخاصة بها . فلو كان الدين الأصلي الذي انقضى بالتقادم سقط من وقت اكتمال مدة التقادم لا من وقت مبدأ سريانه ، لبقيت آثار هذا الدين إلى وقت اكتمال المدة قائمة ، ومن ثم كانت تبقى الفوائد والملحقات التي أنتجها الدين ، ولا تسقط إلا إذا تقادمت هي مستقلة عن الدين . ولكن لما كان الدين ينقضي بأثر رجعي من وقت مبدأ سريان التقادم ، فإنه يعتبر غير موجود خلال مدة سريان التقادم ، وتعتبر الفوائد التي أنتجها خلال هذه المدة ولم تدفع غير موجودة ، وهكذا تسقط بسقوط الدين (٣) .

على أنه لا يستخلص من سقوط الدين بأثر رجعي أن المدين إذا كان قد دفع منه للدائن أقساطاً أو فوائد مستحقة قبل أن تتكامل مدة التقادم يستطيع أن يستردها (٤) ، بدعوى أن الدين يعتبر غير موجود من وقت مبدأ سريان التقادم

(١) المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٤١ .
(٢) ويقول بودرى وتيسيه إن استناد التقادم بأثر رجعي إلى وقت مبدأ سريانه يقضى به طبيعة نظام التقادم والهدف الذي يرى هذا النظام إلى تحقيقه . فالأوضاع المستقرة التي يقصد بنظام التقادم إلى استمرارها وحمايتها قد استقرت منذ مبدأ سريان التقادم ، فإلى هذا الوقت يجب الرجوع في تحديد أثر التقادم (بودرى وتيسيه فقرة ١٠٣ مكررة) .
(٣) وقد كان هذا الحكم معمولاً به دون نص في عهد التقنين المدني السابق (الموجز للمؤلف فقرة ٦١٣ - الأستاذ أحمد حشمت أبوستيت فقرة ٨٥٥) .

(٤) ويلعب بلانيول وريبير وردوان إلى أن عدم استطاعة المدين أن يسترد ما دفع قبل تقادم الدين من أقساط وفوائد دليل على أن التقادم ليس له أثر رجعي (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٩٢ ص ٨٠٩ . وانظر أيضاً كولان وكابيتان ٢ فقرة ٦١٥) . ولكن لا يمكن أن نفسر بدون الأثر الرجعي سقوط الفوائد التي لم تدفع عليها مدة التقادم بسقوط الدين الأصل . =

فلم توجد الأقساط ولم تستحق الفوائد . ذلك أن المدين وقت أن دفع هذه الأقساط والفوائد ، كان الدين لم يتكامل تقادمه . فكان ديناً مدينياً مستحقاً في ذمته بأقساطه وفوائده ، فيكون وقت الدفع قد دفع المستحق في ذمته ، فلا يستطيع أن يسرده بدعوى دفع غير المستحق . وإذا كان الدائن لا يستطيع أن يتمسك بوجود الدين بعد تقادمه عن طريق الدعوى ، فإنه يستطيع أن يتمسك بوجوده بعد تقادمه عن طريق الدفع . وهذا ما ننقل الآن إليه .

٦٦٩ - سقوط الدين بالتقادم عن طريق الدعوى للمنع من

التمسك بوجوده عن طريق الدفع : رأينا أن المدين إذا تمسك بتقادم الدين ، فإن الدين يسقط ، ولا يستطيع الدائن أن يطالب به المدين . ولكن إذا كان الدائن لا يستطيع أن يتمسك بوجود الدين المتقادم عن طريق الدعوى (action) ، فإنه يستطيع أن يتمسك بوجوده عن طريق الدفع (exception) . وقد كانت القاعدة في القانون الفرنسي القديم أن الدعوى إذا كانت تنقضي بالتقادم ، فإن الدفع دائم لا يتقادم *sunt ad excipiendum* وقد انتقلت هذه القاعدة إلى القانون الفرنسي الحديث ، وقال بها الفقه والقضاء في فرنسا (١) ، ولا مانع من الأخذ بها في مصر ، فهي تتماشى مع طبيعة الدفع .

ويقال عادة في تبرير هذه القاعدة إن التقادم إنما يرد على الدعوى ولا يرد على الدفع . فالدعوى هي التي كان صاحبها يستطيع أن يرفعها خلال مدة التقادم ، فإذا لم يرفعها حتى انقضت هذه المدة ، سقط الحق . أما الدفع فهو

= أما عدم استطاعة المدين أن يسرده ما دفع قبل تقادم الدين من أقساط وفوائد فيمكن تفسيره ، كما سنرى ، بأن الدين المتقادم إذا كان لا يمكن التمسك بوجوده عن طريق الدعوى ، فإن هذا لا يمنع من جواز التمسك بوجوده عن طريق الدفع .

(١) تولى به ٧ فقرة ٦٠٠ وما بعدها - ترولنغ فقرة ٨٢٧ وما بعدها - ديولوب ٢٩ فقرة ١٣٦ - جيلوار ١ فقرة ٥٣ - فقرة ٥٤ - لاروميير م ١٣٠٤ فقرة ٢٤ وما بعدها - أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٧١ ص ٥٢٩ - ص ٥٣١ - وقارن : كولييه في سالتير م ١٣٠٤ فقرة ٢٦٥ مكررة سادساً وسابعاً - لوران ١٩ فقرة ٥٧ وما بعدها ٢٢ فقرة ٣٧٢ - بودرى ونيسيه فقرة ٦١٢ .

طبيعته موضوع لمعارضة طلب يوجه ضد صاحب الدفع . وما دام هذا الطلب لم يوجه ، فكيف يتسنى لصاحب الدفع أن يتمسك به ؟ وجب إذن ، مطاوعة لطبائع الأشياء ، أن يبقى الدفع ما بقي الطلب ، حتى لو انقضت على الدفع مدة التقادم . وهذا هو تفسير ما يقال من أن الدفع لا يتقادم .
ونأتي ببعض تطبيقات لهذه القاعدة :

(١) دعوى البطلان تتقادم بخمس عشرة سنة من وقت العقد (م ١٤١/٢ مدني) ، ولكن الدفع بالبطلان لا يسقط بالتقادم مهما طاللت المدة . فإذا باع شخص أرضاً ، وكان البيع باطلاً ، وسلم البائع الأرض للمشتري ، استطاع البائع أن يرفع دعوى البطلان في خلال خمس عشرة سنة من وقت صدور البيع . وهو إذا لم يرفع دعوى البطلان في خلال هذه المدة ، سقط حقه ، بعد أن قصر في رفع الدعوى طوال هذا الوقت . أما إذا لم يسلم البائع الأرض للمشتري ، فهو ليس في حاجة إلى رفع دعوى البطلان ما دامت الأرض في يده . ولا يمكن أن يعتبر مقصراً إذا هو اطمأن إلى أن البيع باطل وإلى أن الأرض لم تخرج من حيازته . فإذا ما طالب المشتري بالتسليم الأرض ، أمكنه أن يدفع هذا الطلب ببطلان البيع . ولكن متى يستطيع التمسك بهذا الدفع ؟ لا يمكنه بطبيعة الحال أن يتمسك به إلا عند ما يرفع المشتري عليه دعوى المطالبة بالتسليم . فإذا فرض أن المشتري أمكنه أن يرفع دعوى التسليم بعد انقضاء خمس عشرة سنة ، بأن قطع تقادم هذه الدعوى مثلاً ، فإنه يجب أن يتمكن البائع من الدفع ببطلان البيع ولو بعد انقضاء خمس عشرة سنة وهي مدة التقادم ، لأنه ما كان يستطيع أن يتمسك بهذا الدفع إلا بعد رفع دعوى التسليم . ونرى من ذلك أنه إذا كانت دعوى البطلان تسقط بالتقادم ، فإن الدفع بالبطلان لا يتقادم (١) .

(١) انظر الوسيط جزء أول فقرة ٢٢٠ - وإذا كان الدفع ببطلان العقد لا يتقادم ، فإن الدفع بإبطال العقد يتقادم ، كدعوى الإبطال نفسها ، بثلاث سنوات (الوسيط جزء أول فقرة ٢٢١) . وقد جاء في الجزء الأول من الوسيط في تبرير هذه التفرقة ما يأتي : « ويلاحظ أن الدفع بإبطال في العقد القابل للإبطال يختلف عن الدفع بالبطلان في العقد الباطل في أن الدفع في الحالة الأولى هو في حقيقته دعوى وكذلك هو في صورته ، إذ يستبعد من ناحية الإجراءات صورة دعوى فرعية يقيمها المدعى عليه ويطلب فيها إبطال العقد . أما الدفع في الحالة الثانية فهو =

(٢) في بيع باطل أجل فيه دفع الثمن ، إذا لم يسلم البائع المبيع إلى المشتري وسكت المشتري عن المطالبة بالمبيع وعن دفع الثمن اعتياداً على بطلان البيع ، فلا يمكن اعتباره مقصراً إذا هو لم يرفع دعوى بطلان البيع في خلال خمس عشرة سنة . فإذا رفع البائع بعد انقضاء هذه المدة دعوى الثمن على المشتري ، وكانت هذه الدعوى لم تتقدم بسبب تأجيل الثمن ، كان من حق المشتري أن يدفع ببطلان البيع ، ولو أن هذا الدفع قد مضى عليه أكثر من خمس عشرة سنة ، لأنه ما كان يستطيع أن يتمسك بهذا الدفع قبل رفع دعوى الثمن (١) .

(٣) إذا تقدم الدين فسقط من وقت مبدأ سريان التقادم ، وكان المدين قد دفع أثناء سريان التقادم بعض أقساط الدين ، فإنه لا يستطيع بعد سقوط الدين بالتقادم أن يسترد من الدائن ما دفعه . فهو إذا رفع دعوى استرداد غير المستحق ، استطاع الدائن أن يدفع هذه الدعوى بوجود الدين رغم تقدمه ، فتكون الأقساط المدفوعة مستحقة لا يجوز استردادها (٢) . وزى من ذلك أن الدائن إذا كان لا يستطيع التمسك بوجود دين متقدم عن طريق الدعوى ، فإنه يستطيع التمسك بوجود هذا الدين عن طريق الدفع . وإذا كانت الدعوى تسقط بالتقادم ، فإن الدفع لا يتقادم .

= دفع محض، من ناحية الموضوع ومن ناحية الإجراءات . ومن ثم فالدفع بالإبطال يتقادم ، لأنه دعوى والدعوى يرد عليها التقادم . أما الدفع بالبطلان فلا يتقادم ، لأنه دفع والدفع لا يتقادم ، الوسيط جزء أول فقرة ٣٢١ ص ٥٢٣ هامش رقم ١) .

وقاعدة أبدية الدفع أو عدم تقدمه لا تنطبق في الأحوال الآتية : ١ - في الدعوى المعارضة ودعوى المدعى عليه ، كما رأينا . فهذه ليست بدفع و إنما هي دعوى ، والدعوى تتقادم (بودرى وتيسيه فقرة ٦١١) . ٢ - فيما إذا كان الدفع رداً على دفع سبقه ، ففعل الدفع إنما هو دعوى لا دفع . ذلك أن من يدفع الدفع لا يزال في موقفه مهاجماً لمصاحب الدفع الذي التزم موقف الدفاع ، ففعل الدفع ملحق بالدعوى وهذا الاعتبار يتقادم (بودرى وتيسيه فقرة ٦١٠ ص ٤٥٩) . ٣ - في المواعيد المسقط (délais de déchéance) فهذه متى انقضت ، سقط الحق لعدم استعماله في الميعاد ، فلا يصلح لطلبه ولا دفعاً (انظر آنفاً فقرة ٥٩٤) .

(١) قارن بودرى وتيسيه فقرة ٦٠٩ ص ٤٥٦ - الأستاذ عبد المنعم البدراوي في أثر مضى

المدة في الالتزام فقرة ٢٧٦ ص ٢٥٨ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٦٦٨ .

٦٧٠ - تقادم الدين قرر بغير غير المبرر : وإذا انقضى الدين بالتقادم ، فإن المدين هو الذى يفيد من هنا الانقضاء إذ تبرأ ذمته من الدين . وقد يفيد من انقضاء الدين غير المدين .

فالكفيل له أن يتمسك بتقادم دين المدين الأصلى كما قدمنا ، فيفيد من انقضاء هذا الدين وإن كان دينه هو لم يتقضى بالتقادم . ذلك أن التزام الكفيل تابع لالتزام المدين ، ففى سقط الالتزام الأصلى بالتقادم سقط معه الالتزام التابع .

والمدين المتضامن يفيد أيضاً من تقادم الدين بالنسبة إلى مدين متضامن آخر ، بقدر حصة هذا المدين (١) . وقد قدمنا أن الفقرة الأولى من المادة ٢٩٢ مدنى تنص على أنه « إذا انقضى الدين بالتقادم بالنسبة إلى أحد المدينين ، فلا يستفيد من ذلك باقى المدينين إلا بقدر حصة هذا المدين » .

وكذلك الدائن المتضامن يحتج عليه المدين بتقادم الدين بالنسبة إلى دائن متضامن آخر ، بقدر حصة هذا الدائن ، وقد تقدم بيان ذلك (٢) .

وإذا تقادم الدين غير المتجزئ بالنسبة إلى أحد المدينين المتعددين ، أفاد من التقادم المدينون الآخرون فى كل الدين لأنه غير متجزئ ، ولو لم تكتمل مدة التقادم بالنسبة إلى هؤلاء المدينين (٣) .

كذلك إذا تقادم الدين غير المتجزئ بالنسبة إلى أحد الدائنين المتعددين ، فإن طبيعته غير القابلة للتجزئة تجعله متقادماً بالنسبة إلى باقى الدائنين ولو لم تكتمل مدة التقادم بالنسبة إليهم ، ويستطيع المدين أن يحتج على أى دائن بالتقادم الذى اكتمل بالنسبة إلى دائن آخر (٤) .

(١) انظر آتفاً فقرة ١٩٤ .

(٢) انظر آتفاً فقرة ١٤٢ .

(٣) انظر آتفاً فقرة ٢١٧ .

(٤) انظر آتفاً فقرة ٢٢٥ - وانظر أيضاً كيف يفيد الحائز المقار المرحون من تقادم الدين

المضنون بالرهن آتفاً فقرة ٦٤٩ .

٦٧١ - انتقال الدين المتقادم الى خزنة الدولة في حالت بنص

عليها القانون : والأصل أن الدين إذا سقط بالتقادم ، برئت منه الدين . ولكن قد يقضى القانون في بعض حالات استثنائية بأن الدين المتقادم يضيع على الدائن ، ولكن لا تبرأ منه ذمة المدين . بل ينتقل الدين إلى الدولة ، فيدفعه المدين لخزنة العامة . وقد رأينا أن المادة ٢٨ من القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ تقضى بأن تؤول إلى الدولة جميع المبالغ التي أصابها التقادم ، متى كانت هذه المبالغ تمثل أرباح وفوائد الأسهم والسندات التي لم يطالب بها أصحابها ، وكذلك قيمة الأسهم والسندات نفسها والودائع والسندات المودعة لدى البنوك والمبالغ المعطاة على سبيل الضمان . وقدمنا (١) أن هذا الحكم مبني على اعتبارات ترجع إلى مصلحة خزنة الدولة ، فبدلاً من أن تؤول هذه المبالغ إلى الشركات والبنوك عن طريق التقادم ، رأى المشرع أن تؤول إلى خزنة الدولة ، تصرفها فيما يعود بالنفع على المصلحة العامة . فعمد ، بنص تشريعي ، إلى نقل ملكية هذه المبالغ بمجرد تقادمها إلى الخزنة العامة .

والتشريع المصري مأخوذ من تشريع فرنسي هو المادة ١١١ من قانون ٢٥ يونيو سنة ١٩٢٠ ، ويقضى هذا التشريع في فرنسا بأن تؤول إلى خزنة الدولة الديون الآتية : ١ - ما يصيبه التقادم الخمس أو التقادم الاتفاق من الكوبونات والفوائد والأرباح الناتجة من الأسهم وحصة المؤسسين والسندات المتداولة التي أصلونها شركات تجارية أو مدنية أو أية هيئات أخرى عامة أو خاصة . ٢ - ما يصيبه التقادم الثلاثيني أو التقادم الاتفاق من الأسهم وحصة المؤسسين والسندات وجميع الأوراق المالية الأخرى كأوراق النصيب وسندات الخزنة ذات الأجل القصير وبوالص التأمين التي أصلونها الشركات والهيئات المتقدمة الذكر . ٣ - جميع الودائع والمبالغ المودعة في البنوك أو مؤسسات الائتمان أو غيرها من المؤسسات التي تتسلم نقوداً كودائع أو كحسابات جارية ، إذا أصابها التقادم . ٤ - جميع السندات والأوراق المالية المودعة

في البنوك أو غيرها من المؤسسات التي تتسلم أوراقاً مالية على سبيل الوديعة أو لأي سبب آخر ، إذا أصابها التقادم .

وينتقد الفقه الفرنسي هذا التشريع ، ويعتبر أنه ينطوي على مصادرة لأموال الأفراد في غير الأحوال التي يجوز فيها المصادرة (١) . وقد أصاب التشريع المصري ، كالتشريع الفرنسي ، حظه من الانتقاد (٢) .

(١) ويقول الفقه الفرنسي إن هذا التشريع الغريب يستند إلى أن المبالغ التي نقل ملكيتها إلى خزنة الدولة قد أصبحت بتقادمها مالا مباحاً لا ماله له (biens vacants et sans maître) . وهذا غير صحيح ، لا من ناحية قواعد المال المباح ولا من ناحية قواعد التقادم ، للأسباب الآتية : ١ - إن المال المباح إذا كان منقولاً لا يكون ملك الدولة ، بل يكون لمن يستولى عليه . ٢ - على أن هذه المبالغ ليست مالا مباحاً أصلاً ، فهي ديون لها أصحابها ، وقد تقادمت ، والتقاعد لا يقضى الدين إلا إذا تمسك به المدين . فإذا لم يتمسك المصارف والشركات بالتقادم ، بقيت هذه الديون لأصحابها وهم الدائون . ٣ - وحتى لو تمسكت المصارف والشركات بالتقادم ، فإن القاعدة هي أن الديون التي تسقط بالتقادم تبرا منها ذمة المدين . أما هنا فقد نقلها المشرع من دائن إلى دائن آخر لا شأن له بها إطلاقاً ، ولم يبره منها ذمة المدين .

ويقول الفقه الفرنسي إن المشرع بتشريعه هذا لم ينقل ملكية مال بسبب سالف من أسباب نقل الملكية ، بل هو قد عمد إلى مصادرة أموال الأفراد في غير الأحوال التي يجوز فيها المصادرة . ثم إنه قد أتى الاضطراب والبهلة في قواعد التقادم ، إذ أخضع طائفة من الأموال إلى نظام خاص يخلف من نظام التقادم ، فأثار كثيراً من الصعوبات والمسائل الشائكة . فهل يجوز مثلاً للمدين في الحالات التي مرصها التشريع ، أن يقر بالدين فيقطع التقادم ؟ وهل يقف سريان التقادم إذا قام سبب يستوجب وقف السريان ؟ وهل إذا دفع الدائن الدين بعد تقادمه إلى المدين ، يجوز له استرداده ؟ وهل يختلف من الدين بعد تقادمه التزام طيبي ؟ وهل يجوز للقاضي أن يحكم بالتقادم من تلقاء نفسه إذا لم يتمسك به المدين ؟ كل هذه صعوبات أثارها هذا التشريع الشاذ ، يدل بملك على مبلغ القرض والاضطراب التي يلقيها المشرع في المعاملات بين الناس عندما يشرع وهو مشغول باعتبارات مالية تتعلق بالخزانة !
انظر في كل ذلك : بلانول وبيير وروان ٧ فقرة ١٤٠١ - جوسران ٢ فقرة ١٠٠٠ ص ٥٢٧ .

(٢) وقد كتبنا عن التشريع المصري ، في مقال لنا عن مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية ، ما يأتي : « وقبل أن نترك قوانين الضرائب نشير إلى نص ورد في القانون رقم ١ لسنة ١٩٣٩ الخاص بمراتب الدخل . وهو نص لا يخلو من غرابة ، وقد أقصه المشرع في المكان الذي وضعه فيه دون مبرر ، ويطلب أن يكون منطوقاً على انحراف في استعمال السلطة التشريعية . فقد نصت المادة ٢٨ من القانون المشار إليه بأن الأرباح والفوائد على الأسهم والسندات والودائع التقفية وودائع الأوراق المالية وغيرها من الديون التي تكون مستحقة =

المطلب الثاني

تأصيل سقوط الدين بالتقادم

٦٧٢ - الرأى الاول - التمييز بين المديونية والمسؤولية (المذهب

الجرماني) : يذهب الفقه الجرماني إلى التمييز بين عنصرين في الالتزام : ١ - عنصر المديونية (Schuld, Debitum) ٢ - وعنصر المسؤولية (Haftung, Obligation). فالمديونية هي الواجب القانوني الذي يفرض على المدين، وينتقض بالوفاء. فإذا لم يقم المدين بالوفاء، ظهر العنصر الآخر وهو المسؤولية، وبموجبه يجبر المدين على الوفاء (١).

٣ - للأفراد في ذمة الشركات والمصارف ونحوها تتول إلى الحكومة إذا لحقها التقادم. وقد قيل في تعليل هذا النص، الذي يخرج عن أصول القانون المدني، إن التقادم مبنى على قرينة الوفاء، وهذه القرينة منتفية إذا كان المدين شركات أو مصارف لها من انظام حساباتها ما يقطع فيها إذا كان الدائن قد استوفى حقه منها أو لم يستوفه، فإن كان لم يستوفه فلا محل لتقادمه على الوفاء. ولكن هذا التعليل لا يستلزم أن تحمل الحكومة محل الدائن بانقضاء مدة التقادم. ومادامت قد أبقينا الحق ولم نسقطه بانقضاء هذه المدة، ليقيننا من أن الدائن لم يستوفه، فإن الوضع السليم هو أن يبقى الحق لصاحبه، لا أن تستولى الحكومة عليه دون مقابل، فتكون قد زعت ملكية الغير المنفعة العامة ويكون توفيقه (مجلة مجلس الدولة السنة الثالثة يناير سنة ١٩٥٢ ص ٨٢ - ص ٨٣).

(١) ويذهب فقهاء الألمان في تحليل هذين العنصرين إلى معنى جديد. فستتم أن المديونية هي علاقة قانونية تعضن واجباً قانونياً (rechtliches Sollen)، ويميزون في هذه العلاقة بين واجب المدين في الوفاء وواجب الدائن في قبول الوفاء. ولا يظهر عنصر الجبر في أي من هذين الواجبين، وهو لا يظهر إلا بوجود علاقة المسؤولية. وهذه العلاقة هي التي تجعل للدائن سلطاناً، يمارسه عادة من طريق الدعوى والتنفيذ الجبرى. فن الناحية الإيجابية تتمثل المسؤولية سلطاناً للدائن، ومن الناحية السلبية تتمثل غرضاً من المدين. ثم يميز الفقه الألماني بين المسؤولية الشخصية والمسؤولية المالية والمسؤولية المعينة. ففي المسؤولية الشخصية يرفع شخص المسئول لسلطان الدائن، وكانت هذه المسؤولية تقع في القديم على جسم المدين، ثم أصبحت الآن تقع على ذمته المالية. وفي المسؤولية المالية لا يكون المدين مسئولاً مسئولية شخصية في مجموع ذمته، بل يكون مسئولاً مسئولية مالية في ذمة محددة متهدداً مادياً، وذلك كمسؤولية الواو من ديون المورث فالتركة وحدها هي المسئولة، ومسؤولية المرأة المتزوجة في أموالها الخاصة من الديون التي لا تكون =

ويجتمع العنصران عادة في الالتزام . ولكن يحدث أحياناً أن توجد المسؤولية دون المديونية ، كما في التزام الكفيل ، فهو مسئول عن الدين المكفول دون أن يكون هذا الدين في ذمته . ويحدث أحياناً أن توجد المديونية دون المسؤولية ، كما في الالتزام الطيعي ، فالمدين بهذا الالتزام لا يجبر على الوفاء به . ومن ثم يجيء سقوط الالتزام بالتقادم عن طريق انفصال عنصر المسؤولية عن عنصر المديونية في الالتزام ، وانحضاء العنصر الأول بالتقادم مع بقاء العنصر الثاني . فلا يبقى إذن ، في الالتزام المتقادم ، عنصر المسؤولية ومن ثم لا يجبر المدين على الوفاء به . ولكن يبقى عنصر المديونية ، ومن ثم إذا وفى المدين مختاراً الالتزام الذى سقط بالتقادم فإنه يوفى ديناً مترتباً في ذمته ، ولا يكون متبرعاً ، فلا يستطاع استرداد ما وفى به (١) .

١٥ الأموال المشتركة مسؤولة عنها . وفي المسؤولية العينية تخضع عين معينة من أموال المدين لسلطان الدائن ، وذلك كما في الرهن والتكاليف العينية والدائن العقاري والإيراد العقاري . انظر الأستاذ عبد المنعم الهداري في أثر معنى الالتزام في المادة ٢٢٤ - ٢٢٢ - ٢٢٢ . (١) ويؤيد ذلك أن المادة ٢٢٢ من التقنين المدني الألماني تنص ، كما رأينا (انظر آتفاً) ، فقرته ٦٦٥ في الحاشي) ، حل ما يأتي : « إذا اكتملت مدة التقادم ، كان الملزم الحق في رفض الوفاء بالدَيْن . ولكن ما دفعه وفاء لمطالبة تقاضت لا يجوز له استرداده ، حتى لو كان الوفاء قد تم وهو جاهل بالتقادم . ويسرى هذا الحكم أيضاً في حالة ما إذا صدر من الملزم إقرار تماقدي بالدَيْن ، أو تقدم بضمان لكفاله » . وتنص المادة ٢٢٣ من التقنين المدني الألماني بأن تقادم الدين لا ينهي زمن الحيازة ولا الرهن الرسمي ، بل يبقى الرهن متنجس لأثرها بالرغم من تقادم الدين . فيقالهما يستند إذن إلى عنصر المديونية الذى بقى بعد زوال عنصر المسؤولية (انظر آتفاً فقرته ٦٦٧ في الحاشي) . كذلك يجوز أن يعود عنصر المسؤولية إذا صدر من المدين بالاتفاق مع الدائن إقرار بالدَيْن بعد تقاضيه ، أو إذا قدم المدين تلميحاً لضمان للدَيْن . حل أن التقنين المدني الألماني يميز بين الحق وحق الادعاء والدعوى . والفرق بين حق الادعاء والدعوى أن حق الادعاء (prétention, Anspruch) ينشأ بنشوء الحق وقبل الإخلال به ، أما الدعوى فلا تنشأ إلا عند الإخلال بالحق ، فالدعوى هي الجزاء حل حق الادعاء . والتقادم يقضى حق الادعاء دون الحق نفسه ، وإذا انقضى حق الادعاء فإن الدعوى لا يمكن أن تنشأ (انظر التعليقات حل التقنين المدني الألماني م ١ ١٩٤ فقرته ١ و م ١٩٨ فقرته ١) . وتنص المادة ١/١٩٤ من التقنين المدني الألماني على أن « الحق في اقتضاء حل أو امتناع من حل من شخص آخر (حق الادعاء) يخضع للتقادم » . ثم تنص المادة ١٩٨ من نفس التقنين على أنه « يبدأ سريان التقادم من اليوم الذى ينشأ فيه حق الادعاء . فإذا كان محل هذا الحق امتناعاً من حل ، بدأ سريان التقادم من الوقت الذى يحل فيه المدين بهذا الحق » .

وهذه النظرية الجرمانية ، التي تفسر بعض التنظيم القانونية الموجودة في التقنين المدني الألماني كالدين العقاري والإيراد العقاري والرهن ، لم يقبلها إلا قليل من الفقهاء في فرنسا (١) ، ولم تسد في الفقه الفرنسي ولا في الفقه اللاتيني بوجه عام (٢) .

٦٧٣ - الرأى الثانى - التقادم يقطع الدعوى دونه المحو -

لا تميز النظرية التقليدية كثيراً بين الحق والدعوى ، فالفرق بينهما ليس إلا الفرق بين السكون والحركة في الجسم الواحد ، والدعوى ليست إلا الحق متمحركاً أمام القضاء ، أو هي جزء الحق . ولا يوجد حق بدون دعوى ، كما لا توجد دعوى بدون حق . ومحل الدعوى هو نفسه محل الحق . وتشارك الدعوى الحق في مميزاته وخصائصه ، فتكون مثله عينه أو شخصيته ، عقارية أو منقولة .

ولكن النظرية الحديثة أخذت تميز تمييزاً دقيقاً بين الحق والدعوى (٣) . فتمتيز الدعوى عن الحق في السبب ، وسبب الحق هو الواقعة القانونية أو التصرف القانوني الذي أنشأ الحق ، أما الدعوى فبسبب النزاع بين المدعى والمدعى عليه حول وجود الحق . وتمتيز عن الحق كذلك في المحل ، فقد يكون محل الدعوى ، ليس فحسب القيام بعمل أو الامتناع عن عمل كما في الحق ، بل

(١) ويؤيد بوبا (Poba) في رسالته في المديونية والمسئولية في القانون المدني الفرنسي الحديث (باريس سنة ١٩٣٥) الأصل بالتمييز بين عنصرى المديونية والمسئولية في الفقه للفرنسي والفقه اللاتيني بوجه عام ، فيميز في الفقه الفرنسي بين العنصرين ، بحيث يصح أن يوجد أحدهما دون الآخر . فتوجد المديونية دون المسئولية في الالتزامات الطبيعية ، ومنها ما ينحدر عن التزام مدني متحل كاللزام المفلس بمد الصلح واللتزام ناقص الأهلية بعد إبطال العقد والالتزام الذي سقط بالتقادم ، ومنها ما ينشأ التزاماً طبيعياً منذ البداية كاللزام الوارث بتنفيذ الوصية الباطلة شكلاً والالتزام بالشفعة هل الأقارب في غير الأحوال التي نص عليها القانون . وقد توجد المسئولية دون المديونية ، كما هي الحال في مركز المأثر للمقار المرهون وفي مركز الكفيل المبنى .

(٢) انظر في انتقاد إدخال هذا التمييز في الفقه اللاتيني الأستاذ عبد المنعم البدراوى في أثر مضى المدة في الالتزام فقرة ٢٤٤ - فقرة ٢٤٥ .

(٣) انظر موريل (Morel) موجز المرافعات سنة ١٩٤٩ ص ٢٦ وما بعدها - جلاسون وتهيسيه في شرح المرافعات ١ فقرة ٨٣١ - جايو (Japiot) في المجلة الفصلية لقانون المدني سنة ١٩١٤ ص ٦٧٩ وسنة ١٩١٥ ص ٤١٩ .

أيضاً الاعتراف بحالة واقعة أو اتخاذ إجراء وقتي أو إجراء تحفظي . وتتميز الدعوى عن الحق أخيراً في الأثر ، فالدعوى تضيف إلى الحق عنصراً جديداً يحدد حق الدائن ، كما هي الحال في الحق الناشئ عن العمل غير المشروع حيث يحدد الحكم طبيعة التعويض ومقداره .

فالتقادم يسقط الدعوى ، دون أن يسقط الحق ، ويبقى الحق بعد التقادم دون دعوى تحميه ، ولكنه مع ذلك يبقى . ولما كان التقادم يلحق الدعوى دون الحق ، فلا بد إذن للمدين من أن يتمسك به ، وله أن يزل عنه ، ولا يسرى التقادم من وقت نشوء الحق بل من وقت نشوء الدعوى (١) .

وهذا المذهب يقرب كثير من المذهب الذي اختاره الفقه الإسلامي ، فالتقادم في الفقه الإسلامي لا يسقط الحق ذاته ، ولكنه يقتصر على أن يمنع ممانع الدعوى .

٦٧٤ - الرأي الثالث - التقادم يسقط الدعوى والحق معا :

والرأي الذي يتفق مع نصوص التقنين المصري هو أن التقادم لا يقتصر على إسقاط الدعوى ، بل يسقط الدعوى والحق جميعاً (٢) . فالنصوص صريحة في أن التقادم يقضي الحق نفسه ، وليس سقوط الدعوى بالتقادم إلا نتيجة لسقوط الحق . ومما يقطع في أن الحق ذاته هو الذي يسقط ، بعد تمسك المدين بالتقادم ، أن المدين - في غير الديون التي يقوم فيها التقادم على محض قرينة الوفاء - لو أقر أمام القضاء بعد أن تمسك بالتقادم أن الدين باق في ذمته ، فأن إقراره هذا لا يلزمه بالدين ، إذ الدين يكون قد سقط (٣) . أما في الفقه الإسلامي حيث

(١) أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٧٥ ص ٥٦٤ - ص ٥٦٥ - بلانيول وريبير ووردان ٧ فقرة ١٢٢٥ ص ٧٣٤ - وفترة ١٣٩٣ - جوسران ٢ فقرة ٩٩٥ ص ٥٢٤ - الأستاذ عبد المنعم البدر أوى في أثر مضي المدة في الالتزام فقرة ٢٦٨ - فقرة ٢٧٥ - الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ٣١٩ ر ص ٣٥١ - ص ٣٥٢ .

(٢) انظر في هذا المعنى بيدان ولا جارد ٩ فقرة ١٠٨٨ - استئناف مصر أول يناير سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٣٢ رقم ١٩٣ ص ٣٩٦ .

(٣) بيدان ولا جارد ٩ فقرة ١١٠٩ - وقارن الموجز للمؤلف ص ٦٢٤ هامش رقم ١ .

لا يسقط الدين ، فإن المنع من سماع الدعوى لا يكون إلا عند الإنكار ، فإذا أقر المدين بالدين سمعت عليه الدعوى وألزم بالوفاء .

بل إن من الفقهاء من ذهب إلى أن التقادم يقضى الدعوى والحق معاً كما تقتضيهما الأسباب الأخرى لانقضاء الالتزام ، فلا يتخلف عن الدين المتقادم التزام طبيعي (١) . ولكن هذا الرأي لم يسد . والرأي الصحيح هو أنه يتخلف عن الالتزام المدني الذى سقط بالتقادم التزام طبيعي . وقد نص على هذا الحكم صراحة التفتين للمدنى المصرى فى الفقرة الأولى من المادة ٣٨٦ ، فقد رأيناها تقول : « يترتب على التقادم انقضاء الالتزام ، ومع ذلك يتخلف فى ذمة المدين التزام طبيعي » . والنص صريح فى أمرين : (أولاً) فى أن التقادم يقضى الالتزام ذاته ، ولا يقتصر على أن يقضى الدعوى . (وثانياً) فى أن الالتزام الذى يتقضى بالتقادم يتخلف عنه فى ذمة المدين التزام طبيعي .

ومهما يكن من أمر تأصيل التقادم ، وهل هو زوال عنصر المسؤولية مع بقاء عنصر المديونية ، أو هو يلحق الدعوى دون الحق ، أو هو يلحق الدعوى والحق معاً ، فإنه يبدو لنا أن هذه الآراء لها أهميتها الفقهية ، ولكن النتيجة العملية واحدة فيها جميعاً . فإن قلنا إن التقادم يسقط عنصر المسؤولية ويستبقى عنصر المديونية ، فهذا معناه أن الحق يبقى مقصوراً على عنصر المديونية وحده ، وهذا هو الالتزام الطبيعي . وإن قلنا إن التقادم يسقط الدعوى دون الحق ، فهذا معناه أن الحق يصبح بعد التقادم مجرداً من دعوى تحميه ، وهذا هو أيضاً الالتزام الطبيعي . وإن قلنا إن التقادم يسقط الدعوى والحق معاً ، فلا شك فى أنه يتخلف هنا أيضاً عن سقوط الدعوى والحق التزام طبيعي يحل محل الالتزام المدني الذى سقط بالتقادم . ففى جميع هذه المذاهب يتخلف عن تقادم الحق التزام طبيعي ، وهو التزام قد انحدر من مرتبة الالتزام المدني فى الملهين الأولين ، وارتفع عن مرتبة الواجب الأدنى فى المذهب الثالث .

فتنظر الآن فى الآثار التى تترتب على هذا الالتزام الطبيعي .

(١) ترو لوتج ١ فقرة ٢٩ - لوران ٢٢ فقرة ٢٠٥ - هيك ١٤ فقرة ٨٢٨ .
(م ٧٤ - الوسيط)

المطلب الثالث

تخلف التزام طبيعي عن الالتزام المدني الذى سقط بالتقادم

٦٧٥ - الوسماء التى تترتب على الالتزام الطبيعى المتخلف عن

الالتزام المتقادم: رأينا أن الفقرة الأولى من المادة ٣٨٦ مدنى تنص صراحة على تخلف التزام طبيعى عن الالتزام المدني المتقادم . والآثار التى تترتب على الالتزام الطبيعى هى نفس الآثار التى تترتب على أى التزام طبيعى .

وقد رأينا (١) أن آثار الالتزام الطبيعى ينظر إليها من نواح خمس: (١) من ناحية إمكان الوفاء به (٢) ومن ناحية صلاحيته ليكون سبباً لإنشاء التزام مدنى (٣) ومن ناحية المقاصة (٤) ومن ناحية الكفالة (٥) ومن ناحية الحق فى الحبس .

٦٧٦ - الوفاء - يجوز الوفاء بالالتزام الطبيعى المتخلف عن التزام

مدنى متقادم بنفس الشروط التى يجوز بها الوفاء بأى التزام طبيعى آخر . فيشترط إذن أن يكون الوفاء عن بينة واختيار . والوفاء يكون عن بينة إذا لم يشبه غلط أو تدليس ، وعن اختبار إذا لم يشبه إكراه . فإذا كان المدين ، بعد التمسك بالتقادم وإسقاط الالتزام المدنى ، قد استجاب لداعى ضميره فوفى عن بينة واختيار الالتزام الطبيعى الذى تخلف عن الالتزام المدنى ، كان هذا التنفيذ وفاء لا تبرعاً . فلا يشترط فى الوفاء شكل خاص ، ولا تشترط أهلية التبرع ، ولا يجوز للمدين أن يسترد ما وفاه (٢) .

وغنى عن البيان أن الالتزام الطبيعى لا يتخلف عن الالتزام المدنى الذى سقط بالتقادم ، إلا إذا كان المدين لم يوف الدين الذى عليه ، واعتمد فى التخلص من مطالبة الدائن على التمسك بالتقادم . فيكون ضميره الرقيب عليه

(١) انظر الوسيط الجزء الثانى فقرة ٣٩٩ وما بعدها .

(٢) انظر فى هذه النتائج وفى غيرها الوسيط الجزء الثانى فقرة ٤٠٠ .

في هذه الحالة ، وإذا كان قد أغفل الوفاء بدينه المدني ، فقد يحرص على الوفاء بالتزامه الطبيعي . أما إذا كان قد وفى الدين فعلاً للدائن ، ثم تمسك بعد ذلك بالتقادم تخففاً من عبء إثبات الوفاء ، فلا محل للقول بتخلف التزام طبيعي ، بل يتقضى الدين بالتقادم دون أن يتخلف عنه شيء . فالأمر إذن موكول إلى ضمير المدين ، يهديه إلى ما يجب عليه أن يفعله .

وقد قلنا أن الدين قبل التمسك بالتقادم يبقى التزاماً مدنياً بالرغم من اكتمال المدة ، فإن وفاء المدين حتى عن غلط لم يجز له استرداده . أما بعد التمسك بالتقادم فإنه يتحول إلى التزام طبيعي ، وإن وفاء المدين عن غلط — بأن وفاء الوارث مثلاً وهو يجهل أن المورث قد تمسك بالتقادم — جاز له أن يسترده .

٦٧٧ - انقضاء التماس معنى : ويموز كذلك اتخاذ الالتزام الطبيعي المتخلف عن التزام مدني متقادم سبباً صحيحاً لإنشاء التزام مدني جديد غير الالتزام المدني الذي سقط بالتقادم . فإذا كان المدين — بدلا من أن يبقى بهذا الالتزام الطبيعي — يتعهد بأن يوفى به ، فإنه ينشئ بهذا التعهد التزاماً مدنياً في ذمته يجبر على الوفاء به . ويجب أن يكون قد قصد أن يلتزم بالوفاء التزاماً مدنياً ، فلا يكفي مجرد الاعتراف بوجود التزام طبيعي في ذمته (١) .

والالتزام المدني الجديد ، الذي أنشئ على أساس سبب صحيح هو الالتزام الطبيعي ، يتميز عن الالتزام المدني القديم الذي سقط بالتقادم . فهو التزام مدني جديد مصبوره الوعد الذي صلب من المدين بوفاء الالتزام الطبيعي (٢) ، ويسرى في حقه تقادم جديد (٣) يبدأ من وقت استحقاقه .

(١) انظر الوسيط الجزء الثاني فقرة ٤٠١ .

(٢) والوعد هنا عقد يتم بإيجاب وقبول من المدين والدائن .

(٣) ومدة التقادم الجديد خمس عشرة سنة ، حتى لو كانت مدة التقادم السابق أقل من ذلك .

٦٧٨ - المقاصة: ولا تجوز المقاصة القانونية في الالتزام الطبيعي

المتخلف عن التزام مدني متقادم، فان المقاصة القانونية تنطوي على وفاء إجباري للدين، وهذا لا يجوز في الالتزام الطبيعي (١).

وغنى عن البيان أن المقاصة القانونية جائزة في الالتزام قبل التمسك بتقادمه، إذ يكون الالتزام في هذه الحالة لا يزال التزاماً مدنياً لم يسقط بالتقادم. فإذا كانت مدة تقادمه قد اكتملت جازت المقاصة فيه إذا تمسك الدائن بالمقاصة قبل أن يتمسك المدين بالتقادم (٢). أما إذا كانت مدة التقادم لم تكتمل، وقعت المقاصة، حتى لو لم يتمسك بها الدائن إلا بعد اكتمال المدة وتمسك بها بعد تمسك المدين بالتقادم. وهذا ما تنص عليه صراحة المادة ٣٦٦ مدني، وقد سبق بيان ذلك (٣).

ويلاحظ أنه إذا كان الذي يتمسك بالمقاصة هو المدين في دين عليه بدأ فيه سريان التقادم، فان تمسكه بالمقاصة يعتبر إقراراً منه بالدين. ويكون هذا الإقرار إذا صلب أثناء سريان التقادم قاطعاً له، وإذا صلب بعد اكتمال المدة زولاً عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه.

٦٧٩ - الكفالة: ولا تجوز كفالة الالتزام الطبيعي المتخلف عن

التزام مدني متقادم، إذا قصد بالكفالة أن يترقب في ذمة الكفيل التزام مدني يضمن الإلتزام الطبيعي (٤).

ولكن إذا كفّل الكفيل هذا الإلتزام الطبيعي وهو يعتقد أنه التزام مدني، فان التزامه يكون التزاماً طبيعياً مثل الإلتزام الأصلي، إذ لا يصح أن يكون التزام الكفيل أشد من التزام المدين (٥).

(١) الوسيط الجزء الثاني فقرة ٤٠٢.

(٢) انظر آنفاً فقرة ٦٦٥.

(٣) انظر آنفاً فقرة ٥٥١ وفقرة ٦٦٥.

(٤) انظر الوسيط الجزء الثاني فقرة ٤٠٣.

(٥) قارب المادة ٧٨٠ مدني. وانظر الوسيط الجزء الثاني فقرة ٤٠٣.

ولذا كفل الكفيل الالتزام قبل التمسك بالتقادم ولكن بعد اكتمال مدته ، فان كان المدين هو الذى اتفق مع الكفيل على أن يكفله ، عد ذلك منه نزولاً عن حقه فى التقادم بعد ثبوته ، فيبقى التزامه مدنياً تصح كفايته ، ويكون التزام الكفيل التزاماً مدنياً صحيحاً (١) . وإن كان الكفيل هو الذى تقدم للكفالة يكون أمر المدين ، فلا يعتبر المدين قد نزل عن حقه فى التقادم ، فله أن يتمسك به فيسقط التزامه ويسقط التزام الكفيل تبعاً لذلك ويتخلف عن كل منهما التزام طبيعى ، بل وللکفيل أن يتمسك بالتقادم ولو لم يتمسك به المدين فيسقط التزامه ويتخلف عنه التزام طبيعى (٢) .

٦٨٠ - المحبس — القاعدة العامة أنه لا يجوز للدائن فى التزام طبيعى أن يحبس فى يده عيناً للمدين حتى يستوفى حقه ، لأن الالتزام الطبيعى لا يجوز الحبس من أجله ، وإلا كان فى هذا جبر على تنفيذه ، وهذا لا يجوز (٣) . ولكن هذه القاعدة يرد عليها استثناء إذا اقترنت بالقاعدة التى تقضى بأن الدفع أبدية لا تقادم ، وهى القاعدة التى سبق ذكرها (٤) . ونفرض ، لبيان ذلك ، أن شخصاً باع عقاراً لآخر ، واتفقا على دفع الثمن فى الحال وعلى أن يكون تسليم المبيع بعد سنة ، ولم ينفذ العقد أى من الطرفين . ففى هذه الحالة ، يسقط بالتقادم حق البائع فى استيفاء الثمن قبل سقوط حق المشتري فى تسليم العقار المبيع . فاذا رفع المشتري دعوى يطالب البائع بتسليم العقار المبيع ، وذلك بعد سقوط حق البائع فى استيفاء الثمن ، فإن البائع يستطيع استيفاء العقار المبيع محبوساً فى الثمن عن طريق الدفع ، وإن كان حقه فى الثمن قد تقادم عن طريق الدعى (٥) . فيكون الحق فى الحبس فى هذه الحالة ضماناً لحق سقط بالتقادم ، إذ حبس الدائن فى التزام طبيعى عيناً للمدين فى يده ، على خلاف القاعدة التى تقدم ذكرها .

(١) انظر آنفاً فقرة ٦٦٥ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٦٦٥ .

(٣) انظر الوسيط الجزء الثانى فقرة ٦٤٢ من ١١٤٣ .

(٤) انظر آنفاً فقرة ٦٦٩ .

(٥) انظر فى هذا المعنى الأستاذ عبد المنعم الهمداني فى أثر معنى المدة فى الالتزام فقرة ٣٣٩ .

أما إذا كان الدين المحبوس من أجله هو عبارة عن مصروفات أنفقت على عين في يد المدين ، فإن حق المدين في اقتضاء هذه المصروفات لا يتقادم ما دام حابساً العين في يده (١) . ذلك أن الحبس هنا ، كحبس العين المرهونة رهناً حيازياً ، يعتبر قاطعاً للتقادم على وجه مستمر ، والتقادم لا يكتمل ما دام منقطعاً . ولا بد من أن يقبل المدين رد العين إلى صاحبها حتى يزول الانقطاع ، فيسرى التقادم من جديد ، وينتهي له بذلك أن يكتمل .

(١) انظر آنفاً لقرة ٦٣٤ - وقارن: استئناف مخطوط ١٥ يناير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ١٥٤ .

فهرس

لمشتموت الكتاب

القسم الأول

أوصاف الالتزام

صفحة

٣ ترتيب البحث

الباب الأول

الشرط والأجل

٦ الفرق بين الشرط والأجل

الفصل الأول

الشرط

- ٨ قيام الشرط والآثار التي ترتب عليه
- ٩ الفروع الأول — قيام الشرط
- ٩ المبحث الأول — مقومات الشرط
- ١٢ § ١ — أمر مستقبل
- ١٢ يجب أن يكون الشرط أمراً مستقبلاً
- ١٢ لا يجوز أن يكون الشرط أمراً ماضياً أو حاضراً
- ١٤ قد يكون الأمر المستقبل أمراً إيجابياً أو أمراً سلبياً

صفحة

٢٥	غير محقق الوقوع	٢٥
١٥	يجب أن يكون الشرط أمراً غير محقق الوقوع.....	١٥
١٥	لا يكون شرطاً الأمر محقق الوقوع	١٥
١٦	لا يكون شرطاً الأمر مستحيل الوقوع	١٦
١٧	للشرط الإرادى	١٧
٢١	غير مخالف للنظام العام أو الآداب	٢١
٢١	الشرط المخالف للنظام العام	٢١
٢٣	الشرط المخالف للآداب	٢٣
٢٣	أمر عارض	٢٣
٢٣	الشرط أمر عارض	٢٣
٢٤	التمييز بين الحق المشروط والحق الاحتمال	٢٤
٢٦	المبحث الثاني — نوعاً الشرط : الشرط الواثق والشرط الفاسخ	٢٦
٢٦	١ — الشرط الواثق	٢٦
٢٦	ماهو الشرط الواثق	٢٦
	الشرط الواثق المستحيل والشرط الواثق المخالف للنظام	
٢٧	العام أو الآداب	٢٧
٢٨	الشرط الواثق الإرادى المحض — إحالة	٢٨
٢٨	٢ — الشرط الفاسخ	٢٨
٢٨	ما هو الشرط الفاسخ	٢٨
	الشرط الفاسخ المستحيل والشرط الفاسخ المخالف للنظام	
٣١	العام أو الآداب	٣١
٣٣	الشرط الفاسخ الإرادى المحض — إحالة	٣٣
٣٣	المبحث الثالث — مصدر الشرط وأى الحقوق يلحقها وصف الشرط	٣٣
٣٣	١ — مصدر الشرط	٣٣
٣٣	مصدر الشرط هو الإرادة أو التصرف القانونى	٣٣
٣٤	هل يكون للشرط مصدره القانون ؟	٣٤
٣٦	٢ — الحقوق التى يلحقها وصف الشرط	٣٦
٣٦	يلحق الشرط الحقوق الشخصية والحقوق العميلة على السواء	
٣٦	الحقوق التى لايلحقها وصف الشرط	٣٦
٣٦	الفرع الثانى — ما يترتب على الشرط من الآثار	٣٦
٣٦	التمييز بين مرحلتين	٣٦
٣٧	المبحث الأول — أثر الشرط فى مرحلة التعلّق	٣٧
٣٧	١ — الشرط الواثق	٣٧
٣٨	مراتب الحق من حيث الوجود والنفذ	٣٨

صفحة

الحق المعلق على شرط واقف حق موجود	٤٠
الحق المعلق على شرط واقف وجوده غير كامل	٤١
٢ § — للشرط الفاسخ	٤٣
الحق المعلق على شرط فاسخ حق موجود نافذ	٤٣
ولكن الحق المعلق على شرط فاسخ موجود على خطر الزوال	٤٥
المبحث الثاني — أثر الشرط بعد انتهاء مرحلة التعليل	٤٦
١ § — كيف يتحقق الشرط أو يتخلف	٤٦
المبرة بإرادة طرق الالتزام في تحقق الشرط أو تخلفه ...	٤٦
الشرط الذي حدد لتحقيقه أو لتخلفه وقت معين	٤٧
تحقق الشرط أو تخلفه بطريق النفس	٥٠
٢ § — أثر تحقق الشرط أو تخلفه	٥٤
للشرط الواقف	٥٤
للشرط الفاسخ	٥٥
أعمال الإدارة في حالة تحقق الشرط الفاسخ	٥٧
٣ § — الأثر الرجعي لتحقيق الشرط	٥٩
الأساس الذي يقوم عليه مبدأ الأثر الرجعي — تقدير	
هذا المبدأ	٦١
ما يترتب من النتائج على الأثر الرجعي لتحقيق الشرط ...	٦٧
الاستثناءات من مبدأ الأثر الرجعي لتحقيق الشرط	٧١

الفصل الثاني

الأجل

قيام الأجل والآثار التي تترتب عليه	٧٤
الفرع الأول — قيام الأجل	٧٥
المبحث الأول — مقومات الأجل	٧٥
١ § — أمر مستقبل	٧٧
يجب أن يكون الأجل أمراً مستقبلاً	٧٧
لا يجوز أن يكون الأجل أمراً ماضياً أو حاضراً	٧٧
٢ § — أمر محقق الوقوع	٧٨
يجب أن يكون الأجل محقق الوقوع	٧٨
يصح أن يكون ميّاد حلول الأجل مجهولاً	٧٨

صفحة

٨١	§ ٣ — أمر عارض
٨١	الأجل عنصر عارض في الالتزام لا عنصر جوهري
٨٢	الأجل في العقود الزمنية
٨٤	المبحث الثاني — زعم الأجل : الأجل الواقف والأجل الفاسخ
٨٤	§ ١ — الأجل الواقف
٨٤	ما هو الأجل الواقف
	الالتزام المدين بالوفاء عنه الميسرة لو عند المقدرة للزام مقترن
٨٥	بأجل واقف
٨٨	§ ٢ — الأجل الفاسخ
٨٨	ما هو الأجل الفاسخ
٨٨	هل يوجد أجل فاسخ ؟
٩٢	المبحث الثالث — مصادر الأجل وأى الحقوق يلحقها وصف الأجل
٩٢	§ ١ — مصادر الأجل
٩٢	مصادر الأجل الاتفاق والقانون والقضاء
٩٢	الاتفاق مصدر للأجل
٩٣	القانون مصدر للأجل
٩٥	القضاء مصدر للأجل
٩٦	§ ٢ — الحقوق التي يلحقها وصف الأجل
٩٦	الحقوق الشخصية والحقوق المبنية على حق الملكية
٩٧	الحقوق التي لا يلحقها وصف الأجل
٩٧	الفرع الثاني — ما يترتب على الأجل من الآثار
٩٩	قبل حلول الأجل وعند حلول الأجل
٩٩	المبحث الأول — الآثار قبل حلول الأجل
٩٩	§ ١ — الأجل الواقف
٩٩	الحق المقترن بأجل واقف حق موجود وهو كامل الوجود
١٠١	ولكنه حق غير نافذ
١٠٦	§ ٢ — الأجل الفاسخ
١٠٦	الحق المقترن بأجل فاسخ موجود ونافذ
١٠٧	ولكن الحق المقترن بأجل فاسخ يؤكد لزواله
١٠٧	المبحث الثاني — الآثار عند حلول الأجل
١٠٧	§ ١ — كيف يحل الأجل
١٠٨	حلول الأجل بانقضاءه
١١٠	حلول الأجل بقبوله :
١١٢	سقوط الأجل لشهر إفلاس المدين أو إصابه

صفحة

١١٤ سقوط الأجل لإضعاف التأمينات
١٢٠ سقوط الأجل لعدم تقديم المدين لتأمين وعد به
١٢٢ بسقوط الأجل لأسباب أخرى
١٢٤ حلول الأجل بالنزول عنه عن له مصلحة فيه
١٢٨ § ٢ — ما يقترب من الأثر على حلول الأجل
١٢٨ الأجل الواقف
١٣٠ الأجل الفاسخ
١٣١ مقارنة بين للشرط والأجل

الباب الثاني

تمدد عمل الالتزام

١٣٣ الالتزام بمصدر العمل والالتزام التخيري والالتزام البديل
-----	---

الفصل الأول

الالتزام التخيري

١٣٨ قيام وصف التخير وأحكامه
١٣٨ الفرع الأول — قيام وصف التخير
١٤٠ § ١ — متى يقوم وصف التخير
١٤٠ (١) تخليط مطلقة الالتزام التخيري :
١٤٠ تمديد عمل الالتزام
١٤٣ توافر الشروط في كل من الأداءات المتصلة
١٤٤ عمل واحد من الحال المتصلة هو الواجب الأداء ...
١٤٥ (ب) تمييز الالتزام التخيري عن حالات أخرى تشبه به :
١٤٦ التمييز بين الالتزام التخيري والشرط الجزائي
 التمييز بين الالتزام التخيري والالتزام المطلق على
١٤٧ شرط واقف
 التمييز بين الالتزام التخيري والالتزام بشيء غير
١٤٧ معين بالذات

صفحة

١٤٩	§ ٢ — من له خيار التمين ومصدر هذا الخيار
١٤٩	من له خيار التمين
١٥١	مصدر الخيار
١٥٣	الفرع الثاني — أحكام الالتزام التخييري
١٥٣	§ ١ — تعيين محل الواجب الأداء
١٥٦	التمين إذا كان الخيار للمدين
١٦٠	التمين إذا كان الخيار للدائن
١٦٣	استناد تعيين محل إل للماضى
١٦٦	§ ٢ — أحكام الهلاك
١٦٨	هلاك الشئين معاً بحسب أجنبي
١٦٩	هلاك الشئين أو أحدهما والخيار للمدين
١٧٣	هلاك الشئين أو أحدهما والخيار للدائن

الفصل الثانى

الالتزام البدلى

١٧٦	قيام وصف البدل وأحكامه
١٧٧	الفرع الأول — قيام وصف البدل
١٧٨	§ ١ — متى يقوم وصف البدل
١٧٨	تحديد منطقة الالتزام البدلى
١٧٩	تمييز الالتزام البدلى عن حالات أخرى تشابه به :
١٧٩	التمييز بين الالتزام البدلى والالتزام التخييرى
١٨١	التمييز بين الالتزام البدلى والشرط الجزائى
١٨٢	الالتزام البدلى والريرة
١٨٢	§ ٢ — ثبوت خيار البدل للمدين ومصدر هذا الخيار
١٨٢	ثبوت خيار البدل للمدين
١٨٣	مصدر خيار البدل
١٨٦	الفرع الثانى — أحكام الالتزام البدلى
١٨٦	§ ١ — تعيين محل الأداء
١٨٦	ما الذى يطالب به الدائن
١٨٦	ما الذى ينضمه المدين

صفحة

١٨٨ أحكام الملاك § ٢ —
١٨٨ هلاك المحل الأصل
١٨٨ هلاك البديل

الباب الثالث

تمدد طرفي الالتزام

١٩٠ صور التمدد : الالتزام متعدد الأطراف والالتزام التضامني والالتزام غير القابل للتقسام
-----	---

الفصل الأول

الالتزام متعدد الأطراف

١٩٢ وحدة المصدر وتمدد الأثر
١٩٢ § ١ — مصدر التمدد في الالتزام متعدد الأطراف
١٩٢ القانون مصدر التمدد
١٩٥ الإرادة مصدر التمدد
١٩٥ § ٢ — الأثر الذي يترتب على التمدد في الالتزام متعدد الأطراف...
١٩٥ انقسام الالتزام على أطرافه
١٩٦ النتائج التي تترتب على انقسام الالتزام

الفصل الثاني

الالتزام التضامني

١٩٩ التضامن بين الدائنين والتضامن بين المدينين
٢٠٠ الفرع الأول — التضامن بين الدائنين
٢٠١ المبحث الأول — مصدر التضامن بين الدائنين
٢٠٢ التضامن بين الدائنين مصدره الاتفاق أو الإرادة بوجه عام
٢٠٥ التضامن بين الدائنين لا يفترض
٢٠٦ وحدة المحل وتمدد الروابط

صفحة	
٢٠٧	المبحث الثاني — الآثار التي تترتب على تضامن الدائنين
٢٠٨	المطلب الأول — العلاقة ما بين الدائنين المتضامنين والمدين
٢١٢	§ ١ — انقضاء الدين بالوفاء
٢١٢	المدين أن يوفى أى دائن كل الدين
٢١٣	ما لم يمانع أحد الدائنين
٢١٧	لا يجوز للتضامن دون انقسام الدين بين ورقة للدائن المتضامن
٢١٨	ولأى دائن مطالبة المدين بكل الدين
٢٢٠	أوجه الدفع التي يجتنب بها على الدائن المطالب
٢٢١	§ ٢ — انقضاء الدين بأسباب أخرى غير الوفاء
٢٢٢	التجديد
٢٢٣	المقاصة
٢٢٣	اتحاد اللزمة
٢٢٤	الإبراء
٢٢٥	التقادم
	§ ٣ — أعمال الدائن التي من شأنها تفق سائر الدائنين أو
٢٢٦	الإضرار بهم
٢٢٦	الأعمال للثامنة
٢٢٨	الأعمال الفاسدة
٢٢٩	المطلب الثاني — علاقة الدائنين المتضامنين بعضهم ببعض
٢٣٠	انقسام الدين في علاقة الدائنين بعضهم ببعض
٢٣٢	الأساس القانوني لرجوع كل دائن بحصته
٢٣٣	كيف تضمن حصة كل دائن متضامن
٢٣٤	المبحث الثالث — صورة خاصة من التضامن بين الدائنين (الدين المشترك)
	الدين المشترك صورة خاصة من التضامن بين الدائنين
	يمررها بقية الإلزام والتقتين المذكورين دون التقتين
٢٣٤	المصري وسائر التقتينات المدنية العربية
٢٣٦	المطلب الأول — مصدر الدين المشترك
٢٣٧	سبق الاشتراك في المال الذي نشأ عنه الدين
٢٣٩	وحدة الصفقة
	مقارنة بين الاشتراك في الدين والتضامن بين الدائنين من
٢٣٩	حيث المصدر
٢٤٠	المطلب الثاني — الآثار التي تترتب على الاشتراك في الدين
٢٤٢	جواز الاتفاق على استبعاد الاشتراك في الدين
٢٤٥	§ ٢ — العلاقة ما بين الدائنين والمدين في الدين المشترك

صفحة

٢٤٦ الوفاء
٢٤٨ انقضاء الدين بأسباب أخرى غير الوفاء
٢٤٩ عدم قيام التباية التبادلية بين الدائنين
٢٥٠ § ٢ — علاقة الدائنين بعضهم ببعض في الدين المشترك
٢٥٠ مشاركة الدائنين الآخرين الدائن في حصته
٢٥٨ رجوع الدائنين الآخرين على الدائن بتصيبه في اضرار المدين
٢٥٩ الفرع الثاني — التضامن بين المدينين
٢٦٠ المبحث الأول — مصدر التضامن بين المدينين
٢٦١ المطلب الأول — الاتفاق كمصدر للتضامن بين المدينين
٢٦١ الاتفاق على تضامن المدينين لا يفترض
٢٦٥ إثبات الاتفاق كمصدر للتضامن
٢٦٦ التضامن بين المدينين في المسائل التجارية
٢٧١ المطلب الثاني — نص القانون كمصدر للتضامن بين المدينين
٢٧٢ التزامات مدنية مصدرها العقد
٢٧٤ التزامات مدنية مصدرها العمل غير المشروع
٢٧٩ التزامات مدنية مصدرها الإثراء بلا سبب
٢٨٠ التزامات مدنية مصدرها القانون
٢٨١ التزامات تجارية وبحرية
٢٨٤ المطلب الثالث — وحدة المحل وتعدد الروابط — الالتزام التضامى
٢٨٤ وحدة المحل وتعدد الروابط
٢٨٥ الالتزام التضامى (obligation in solidum)
٢٨٨ أمثلة للالتزام التضامى في القانون المصرى
٢٩٤ المبحث الثاني — الآثار التي تترتب على تضامن المدينين
٢٩٤ المطلب الأول — العلاقة بين الدائن والمدينين
٢٩٥ § ١ — انقضاء الدين بالوفاء
٢٩٨ لاي مدين متضامن أن يرقى للدائن كل الدين
٢٩٩ والدائن أن يستوفى الدين كله من أى مدين متضامن
٣٠٠ مراعاة ما يلحق رابطة كل مدين من وصف
٣٠١ إدخال المدينين المتضامنين الآخرين في الدعوى ودخولهم فيها
٣٠٢ مطالبة مدين بعد آخر
٣٠٤ مطالبة المدينين المتضامنين مجتمعين
٣٠٥ حل يتقسم الدين بين ورثة المدين المتضامن ؟
٣٠٧ أوجه الدفع التي يجتبع بها المدين المتضامن

صفحة

٣٠٨ § ٢ — انقضاء الدين بأسباب أخرى غير الوفاء
٣١٠ التجديد
٣١٣ المقاصة
٣١٧ اتحاد الدين
٣١٩ الإبراء
٣٢٥ التقادم
٣٢٨ § ٣ — الآثار القانونية للتضامن بين الدينين
٣٢٨ المبدأ العام
٣٣١ انقطاع التقادم أو وقفه بالنسبة إلى أحد الدينين المتضامنين
٣٣٦ خطأ أحد الدينين المتضامنين في تنفيذ التزامه
٣٣٨ الإطوار والمطالبة القضائية
٣٤١ الصلح مع أحد الدينين المتضامنين
٣٤٣ إقرار أحد الدينين المتضامنين أو إقرار الدائن
٣٤٤ حلف الدين أو التكرول منها
٣٤٧ صدور حكم على أحد الدينين المتضامنين أو لصلحه
٣٥١ المطلب الثاني — علاقة الدينين المتضامنين بعضهم بعض
 متى يكون للدين المتضامن حق الرجوع على الدينين
٣٥٤ المتضامنين الآخرين
 الأساس القانوني لرجوع الدين — الدعوى الشخصية
٣٥٨ ودعوى الحلول
٣٦١ انقسام الدين على الدينين المتضامنين وتعيين حصة كل منهم
٣٦٤ تحمل الموردين من الدينين المتضامنين لحصص الموردين منهم
٣٦٦ تحمل أصحاب المصلحة في الدين وحكم بكل الدين

الفصل الثالث

الالتزام غير القابل للانقسام

٣٧٤ الفرع الأول — أسباب عدم قابلية الالتزام للانقسام
٣٧٥ عدم القابلية للانقسام يرجع إلى طبيعة المحل
٣٧٩ عدم القابلية للانقسام يرجع إلى الاتفاق

صفحة

٣٨١	الفرع الثاني — الآثار التي تترتب على عدم قابلية الالتزام للانقسام ...
٣٨٣	المبحث الأول — تعدد المدينين في الالتزام غير القابل للانقسام
٣٨٥	المطلب الأول — علاقة الدائن بالمدينين
٣٨٥	المبادئ الأساسية
	انقضاء الالتزام غير القابل للانقسام بالوفاء — إمكان الدائن
٣٨٦	مطالبة أى مدين بالالتزام كله
٣٨٩	انقضاء الالتزام غير القابل للانقسام بغير الوفاء
	عدم قيام نياية تبادلية بين المدينين في الالتزام غير القابل
٣٩٠	للانقسام
٣٩٤	المطلب الثاني — علاقة المدينين بعضهم ببعض
٣٩٤	انقسام الدين على المدينين
٣٩٤	تعيين حصة كل مدين
٣٩٥	إصدار أحد المدينين
٣٩٦	المبحث الثاني — تعدد الدائنين في الالتزام غير القابل للانقسام
٣٩٧	المطلب الأول — علاقة الدائنين بالمدين
٣٩٧	المبادئ الأساسية
	انقضاء الالتزام غير القابل للانقسام بالوفاء — إمكان أى
٣٩٨	دائن مطالبة المدين بالالتزام كله
٤٠٠	انقضاء الالتزام غير القابل للانقسام بغير الوفاء
	عدم قيام نياية تبادلية بين الدائنين في الالتزام غير القابل
٤٠١	للانقسام
٤٠٤	المطلب الثاني — علاقة الدائنين بعضهم ببعض
٤٠٤	انقسام الدين على الدائنين
٤٠٥	تعيين حصة كل دائن
٤٠٥	إصدار أحد الدائنين أو إصدار المدين
٤٠٦	مقابلة ما بين التضامن وعدم القابلية للانقسام
٤٠٦	وجوه الموافقات
٤٠٦	وجوه المفارقات
	مقابلة ما بين الدين المشترك وعدم القابلية للانقسام عند تعدد
٤٠٨	الدائنين
٤٠٨	من حيث المصدر
٤٠٨	من حيث الآثار في علاقة الدائنين بالمدين
٤٠٨	من حيث الآثار في علاقة الدائنين بعضهم ببعض

القسم الثاني انتقال الالتزام

تمهيد

صفحة	
٤١٣	١ — لغة في التطور التاريخي لانتقال الالتزام
٤١٣	معنى انتقال الالتزام
٤١٤	كيف يتصور انتقال الالتزام
٤١٤	انتقال الالتزام بسبب الموت
٤١٦	انتقال الالتزام ما بين الأحياء
٤٢٠	انتقال الالتزام في الفقه الإسلامي
٤٢٢	حوالة الدين في المذهب الحنفي
٤٢٨	حوالة الدين في المذاهب الأخرى
٤٣٤	حوالة الحق في المذهب المالكي
٤٣٥	حوالة الحق في المذاهب الأخرى
٤٣٧	٢ — مقارنة الحوالة بالنظم القانونية التي تقرب منها
٤٣٨	الحوالة والتجديد
٤٤٠	حوالة الدين والإنابة في الوفاء
٤٤٠	حوالة الحق والوفاء مع الحلول

الباب الأول حوالة الحق

٤٤٢	أطراف حوالة الحق
٤٤٣	الأغراض المختلفة لحوالة الحق

الفصل الاول

أركان حوالة الحق

صفحة	
٤٤٧	أركان حوالة الحق هي أركان الاتفاق بوجه عام
٤٤٨	الفرع الأول - محل حوالة الحق
٤٥٠	§ ١ - الأصل العام : الحق للشخص قابل للحوالة
٤٥١	كل حق شخصي قابل في الأصل للحوالة
٤٥٢	الحقوق المستقبلية
٤٥٤	حوالة الحقوق الناشئة من عقود ملزمة للجانبين
٤٥٦	حوالة الحقوق المتنازع فيها
٤٥٧	الحقوق البينية لا تكون محلا لحوالة الحق
	§ ٢ - الاستثناءات - الحالات التي يكون فيها الحق الشخصي غير
٤٥٨	قابل للحوالة
٤٥٨	مق يكون الحق الشخصي غير قابل للحوالة
٤٥٨	عدم قابلية الحوالة بسبب طبيعة الحق
	عدم قابلية الحق للحوالة بنص في القانون أو لعدم قابليته
٤٥٩	للمجاز
٤٦١	عدم قابلية الحق للحوالة باتفاق المتعاقدين
٤٦٢	الفرع الثاني - التراضي في حوالة الحق
٤٦٦	§ ١ - انعقاد الحوالة
	تراضي المهيول والمحال له كاف في انعقاد الحوالة - لاجابة
٤٦٦	إلى رضاه المدين
٤٦٧	الحوالة اتفاق رضائي لا يشترط فيه شكل خاص إلا في الهبة
٤٦٩	وجوب مراعاة قواعد الإثبات
٤٧٠	تكييف الاتفاق الذي تم به الحوالة
٤٧١	§ ٢ - نفاذ الحوالة في حق المدين وفي حق الغير
٤٧١	مضى صيرورة الحوالة نافذة في حق المدين وفي حق الغير
	إعلان المدين بالحوالة أو قبوله لها ضروري لنفاذ الحوالة
٤٧٢	في حقه وفي حق الغير
٤٧٥	إعلان المدين بالحوالة
٤٧٨	قبول المدين للحوالة

صفحة

- ٤٨٠ هل يقوم علم المدين بعلوم الحوالة مقام الإعلان أو القبول ؟
إجراءات خاصة لجبل حوالة بعض الحقوق نافذة في حق
٤٨٦ المدين وللدبر

الفصل الثاني

الأثار التي تترتب على حوالة الحق

- ٤٨٨ علاقات متنوعة
- ٤٨٩ الفرع الأول — علاقة المحال له بالمحيل
- ٤٩٣ المبحث الأول — انتقال الحق المحال به من المحيل إلى المحال له
- ٤٩٣ المطلب الأول — انتقال الحق بصفاته ودفعه
- ٤٩٣ انتقال نفس الحق بمجرد انعقاد الحوالة
- ٤٩٤ تسليم منه الحق ووسائل إثباته
- ٤٩٦ المطلب الثاني — انتقال تراويع الحق المحال به
- ٤٩٦ انتقال ضمانات الحق
- ٤٩٧ انتقال ما حل من فوائد واقساط
- انتقال الدعاوى التي تزكك الحق المحال به دون الدعاوى التي
تنالجه
- ٤٩٨ تنالجه
- ٤٩٩ المبحث الثاني — التزام المحيل بضمان الحق المحال به للمحال له
- ٤٩٩ المطلب الأول — ما يضمنه المحيل للمحال له
- ٥٠٠ ضمان المحيل لأفعاله الشخصية
- ٥٠٢ الضمان في الحوالة بموضع بحكم القانون
- ٥٠٦ الضمان في الحوالة بموضع بحكم الاتفاق
- ٥١٢ الضمان في الحوالة بغير موضع بحكم القانون
- ٥١٤ الضمان في الحوالة بغير موضع بحكم الاتفاق
- ٥١٥ المطلب الثاني — ما يرجع به المحال له على المحيل عند تحقق الضمان
- ٥١٥ المبدأ العام
- ٥١٨ حاله إصدار المدين إصاراً جزئياً
- ٥١٩ حالة وقوع حوالة تالية بموضع يقتل أو يزهد
- ٥٢٠ حالة الحوالة بغير موضع — إحالة
- ٥٢٠ الفرع الثاني — علاقة المحال له بالمحال عليه
- ٥٢٢ المبحث الأول — علاقة المحال له بالمحال عليه قبل إعلان الحوالة أو قبولها ...

صفحة

- دائنية الحال له المحال عليه دائنية محدودة ٥٢٢
- الإجراءات التحفظية التي يتخذها الحال له ٥٢٣
- استناع الحال عليه من الإضرار بحقوق الحال له ٥٢٥
- المبحث الثاني — علاقة الحال له بالمحال عليه بمد إعلان الحوالة أو قبولها ... ٥٢٦
- نفاذ الحوالة في حق الحال عليه ٥٢٦
- حلول الحال له محل الحمل في نفس الحق المحال به ٥٢٧
- الطرح التي للمحال عليه أن يتسلك بها قبل الحال له ... ٥٢٩
- الفرع الثالث — علاقة الحمل بالمحال عليه ٥٣٥
- التنيز بين مرحلتين ٥٣٥
- المرحلة التي تسبق إعلان الحوالة أو قبولها ٥٣٥
- المرحلة التي تلي إعلان الحوالة أو قبولها ٥٣٦
- الفرع الرابع — علاقة الحال له بالغير ٥٣٧
- المبحث الأول — التزام بين الحال له وبين دائن الحمل المخلص أو المصير
أو محال له آخر ٥٤٠
- الالتزام بين الحال له وبين دائن الحمل المخلص أو المصير .. ٥٤٠
- الالتزام بين محال له ومحال له آخر ٥٤٢
- المبحث الثاني — التزام بين الحال له والدائنين الحاجزين ٥٤٥
- الالتزام بين الحال له والدائنين الحاجزين ٥٤٥
- الالتزام بين الدائنين الحاجز والمحال له ٥٤٦
- الالتزام بين الدائنين الحاجز الأول والمحال له والدائنين
الحاجزين الثاني (حوالة بين سجينين) ٥٤٧

الباب الثاني

حوالة الدين

- أطراف حوالة الدين ٥٥٢
- الأغراض المختلفة التي تبنى بها حوالة الدين ٥٥٣
- حوالة الدين نظام استحدثته التفتين المذق الجديد — التنظيم
الأخرى التي كانت تقوم مقامه : ٥٥٥
- التجديد بتغيير الدين — الإنابة في الوفاء — الاشتراط
لمصلحة الغير ٥٥٥

صفحة

الفصل الأول

أركان حوالة الدين

- ٥٦٠ أركان حوالة الدين هي أركان الاتفاق بوجه عام
- ٥٦١ الفرع الأول — اتفاق المدين الأصلي والمحال عليه
- ٥٦١ المبحث الأول — انعقاد حوالة الدين
- ٥٦٣ انعقاد الحوالة بالاتفاق بين المدين الأصلي والمحال عليه ...
- ٥٦٥ لا بد من تدخل الدائن على كل حال
- ٥٦٦ مركز المدين الأصلي من كل من الدائن والمحال عليه
- ٥٦٧ المبحث الثاني — نفاذ الحوالة في حق الدائن
- ٥٧٠ متى يصدر إقرار الدائن
- ٥٧١ حالة بيع للمقار المرهون
- ٥٧٤ كيف يكون إقرار الدائن
- ٥٧٥ الدائن حر في إقرار الحوالة أو رفضها
- ٥٧٧ الأثر المترتب على إقرار الدائن لحوالة أو على رفضها ...
- ٥٧٨ الفرع الثاني — اتفاق الدائن والمحال عليه
- ٥٨٠ كيف يتم الاتفاق بين الدائن والمحال عليه
- ٥٨١ أثر الاتفاق بالنسبة إلى الدائن الأصلي

الفصل الثاني

الأثار التي تترتب على حوالة الدين

- ٥٨٣ علاقات متنوعة
- ٥٨٤ الفرع الأول — علاقة الدائن بالمحال عليه
- ٥٨٤ المبحث الأول — حلول المحال عليه محل المدين الأصلي في الدين
- ٥٨٤ ما يقترب على هذا الحلول :
- ٥٨٥ براءة ذمة المدين الأصلي قبل الدائن
- ٥٨٧ انتقال الدين نفسه إلى المحال عليه
- ٥٨٩ المبحث الثاني — انتقال الدين إلى المحال عليه بضمائنه
- ٥٩١ الضمانات البقية التي تأتي من جهة المدين الأصلي

صفحة

الضمانات الشخصية أو المهرية التي يقدمها كفيل المدين	
للدائن	٥٩٤
المبحث الثالث — انتقال الدين إلى المحال عليه بدفعه	٥٩٦
التلوع التي كان للمدين الأصل أن يتسلط بها	٥٩٧
التلوع المستمدة من عقد الحوالة	٦٠١
التلوع المستمدة من العلاقة ما بين المدين الأصل والمحال عليه	٦٠٢
الفرع الثاني — علاقة الدائن بالمدين الأصلي	٦٠٥
براءة ذمة المدين الأصلي نحو الدائن	٦٠٧
ضمان المدين الأصلي لسيار المحال عليه	٦٠٧
الفرع الثالث — علاقة المدين الأصلي بالمحال عليه	٦١١
المبحث الأول — الحوالة لم تنفذ في حق الدائن	٦١١
الاتفاق على الحوالة يلزم المحال عليه نحو المدين الأصلي ...	٦١٣
الفرق بين الاتفاق على الحوالة والاشتراط لمصلحة الغير ...	٦١٦
الاتفاق على الحوالة كل لا يقبل التجزئة — عدم الوفاء	
بالتزام يستتبع عدم الوفاء بالالتزام المقابل	٦١٨
الاتفاق على الحوالة قابل للتعديل فيه وللعنول عنه باتفاق آخر	٦١٩
المبحث الثاني — الحوالة نافذة في حق الدائن	٦٢٠
يمتد المحال عليه قد أدى للمدين الأصلي التزاماً بقيمة الحوالة	٦٢٠
الحوالة المقيدة	٦٢٢
حالة إبطال الحوالة	٦٢٥

القسم الثالث

انقضاء الالتزام

تمهيد

تحديد أسباب انقضاء الالتزام وتقسيم هذه الأسباب

مسير الالتزام حتى إلى الانقضاء	٦٢٩
تحديد أسباب انقضاء الالتزام	٦٣٠
طريقان لتقسيم أسباب الانقضاء :	٦٣١

صفحة

١٣١	التقسيم الملقى : التصرف القانوني والواقعة القانونية ...
١٣٢	التقسيم الملقى : انقضاء الالتزام بتنفيذه عينا أو بتنفيذه بمقابل أو دون تنفيذ

الباب الاول

انقضاء الالتزام بتنفيذه عينا

الوفاء

١٣٥	مقدمة — التكليف القانوني للوفاء وما يترتب على هذا التكليف
١٣٥	التكليف القانوني للوفاء
١٣٦	ما يترتب على هذا التكليف :
١٣٧	§ ١ — الوفاء اتفاق
١٣٧	ما يترتب على أن الوفاء اتفاق
١٣٨	إثبات الوفاء
١٤٢	§ ٢ — الوفاء اتفاق على قضاء الدين
١٤٢	الوفاء اتفاق له مقومات خاصة
١٤٣	الوفاء اتفاق مفروض على كل من المدين ولذاته
١٤٣	الوفاء اتفاق محله هو نفس محل الدين الواجب الوفاء ...

الفصل الاول

طرق الوفاء

١٤٥	الفرع الأول — الموفى
١٤٥	يشترط لصحة الوفاء من الموفى الملكية وأهلية التصرف :
١٤٧	ملكية الموفى للشيء الذي وقى به
١٥٠	أهلية الموفى للتصرف في الشيء الموفى به
١٥٢	الموفى قد يكون المدين وقد يكون غير المدين
١٥٢	المبحث الأول — من يقوم بالوفاء
١٥٤	الموفى هو المدين أو نائبه
١٥٥	الموفى هو شخص له مصلحة في الوفاء
١٥٦	الموفى هو أجنبي لا مصلحة له في الوفاء

صفحة

٦٥٧المبحث الثاني — رجوع الموق على المدين
٦٥٨الدعوى الشخصية
٦٦١دعوى الحلول :
٦٦٢المطلب الأول — مصدر الحلول
٦٦٢§ ١ — الحلول التناوبية
٦٦٤الموق ملزم بالمدين مع المدين أو ملزم عنه
٦٦٧الموق دائن وق دائناً مقدماً عليه
٦٦٧الموق اشترى عقاراً وعلق ثمنه لدائنين خصص العقار لضمان حقوقهم
٦٧٣وجود نص عام يقرر الموق حق الحلول
٦٧٦§ ٢ — الحلول الانقضاء
٦٧٦(أ) الحلول باتفاق الموق مع الدائن
٦٧٧اتفاق بين الموق والدائن
٦٧٨عدم تأخير الاتفاق من وقت الوفاء
٦٨٠إثبات الاتفاق على الحلول
٦٨١(ب) الحلول باتفاق الموق مع المدين
٦٨٢الحلول باتفاق مع المدين تبرره أضرار عملية
٦٨٣شروط الحلول بالاتفاق مع المدين
٦٨٦مالاً يشترط في الحلول بالاتفاق مع المدين
٦٨٧المطلب الثاني — أحكام الرجوع بدعوى الحلول
٦٨٧§ ١ — الآثار التي تترتب على الحلول
٦٨٧حلول الموق محل الدائن وما يرد على هذا الحلول من القيود
٦٨٨(أ) حلول الموق محل الدائن
٦٨٩يكون للموق حق الدائن بماله من خصائص
٦٩٠يكون للموق حق الدائن بما يلقطه من توابع
٦٩٠يكون للموق حق الدائن بما يكفله من تأميمات
٦٩١يكون للموق حق الدائن بما يرد عليه من دفع
٦٩٢(ب) ما يرد على حلول الموق محل الدائن من قيود
٦٩٢رجوع الموق على المدين بمقدار ما أداه ماله لا بمقدار الدين
٦٩٣الدين
٦٩٤الموق مدین متضامن
٦٩٤الموق حائز العقار المرهون ويرجع على حائز لعتار مرهون آخر
٦٩٦الموق حائز العقار المرهون ولا يرجع على الكفيل ...
٦٩٦الموق لم يوف إلا جزءاً من الدين

صفحة

٧٠٠	§ ٢ — التكيف القانوني للحلول
٧٠٠	صعوبة هذا التكيف وسبب ذلك
	(أ) النظريات الثلاث المختلفة في التكيف القانوني للوفاء
٧٠١	مع الحلول
٧٠١	بقاء التأمينات وحدها دون الحق
٧٠١	بقاء الحق نفسه وانتقاله إلى الورث
	الوفاء مع الحلول وفاء الحق بالنسبة إلى الدائن وانتقال
٧٠٣	الحق بالنسبة إلى المدين
٧٠٤	(ب) الفروق ما بين الوفاء مع الحلول وحالة الحق
٧٠٤	اختلاف الأغراض العملية
٧٠٦	الفروق من حيث شرط الائتماد والتفاد
٧٠٧	الفروق من حيث الآثار — الدعوى للشخصية
٧٠٨	الفروق من حيث الآثار — دعوى الحلول
٧١٠	الفرع الثاني — الموفى له
٧١٠	المبحث الأول — الوفاء باتفاق بين الموفى والموفى له
٧١١	المطلب الأول — الموفى له هو الدائن أو نائبه
٧١٢	§ ١ — الوفاء للدائن
٧١٢	الوفاء لمن يكون دائنا وقت استيفاء الدين
٧١٢	أهلية الدائن لاستيفاء الدين
٧١٤	§ ٢ — الوفاء لثالث الدائن
٧١٤	الوفاء لورث أو الوصي أو القيم أو الوكيل عن الثائب ...
٧١٥	الوفاء للمستهلك ولحارس القضاة
٧١٥	الوفاء لدائن الدائن عند استعمال الدعوى غير المباشرة
٧١٥	الوفاء للمحضر
٧١٥	الوفاء لحساب جبار باسم الدائن في مصرف
٧١٦	الوفاء لوكيل الدائن
٧١٧	المطلب الثاني — الموفى له غير الدائن
٧١٩	إقرار الدائن للوفاء
٧١٩	منفعة تمرد على الدائن من الوفاء
٧٢٠	الوفاء للدائن الظاهر
٧٢٤	الوفاء لدائن الدائن الحاجز تحت يد المدين
٧٢٧	المبحث الثاني — الوفاء بإرادة الموفى وحده (العرض الحقيقي والإيداع)
٧٢٧	حق يجوز للمدين العرض الحقيقي والإيداع :

صفحة

٧٢٩	وفض الدائن قبول الوفاء
٧٣٠	تأمل الوفاء للدائن
٧٣٣	المطلب الأول — إجراءات العرض الحقيقي والإيداع
	وجوب التنسيق بين نصوص التفتين الملغى ونصوص تفتين
٧٣٣	الموافقات
٧٣٣	مراحل ثلاث :
٧٣٣	(١) مراحل إظهار الدائن :
٧٣٤	ما يترتب على إظهار الدائن من النتائج
٧٣٧	(ب) مرحلة العرض الحقيقي
٧٣٩	(ج) مرحلة الإيداع
٧٤٢	المطلب الثاني — ما يترتب على العرض والإيداع من الآثار
	§ ١ — أثر العرض والإيداع بعد قبول الدائن أو بعد صدور حكم
٧٤٣	بصفة العرض
٧٤٣	قبول الدائن للعرض
٧٤٤	الحكم بصفة العرض والإيداع
	ما يترتب من الأثر على قبول الدائن أو صدور حكم نهائي
٧٤٥	بصفة العرض والإيداع
	§ ٢ — أثر العرض والإيداع قبل قبول الدائن وقبل صدور حكم
٧٤٧	بصفة العرض
٧٤٩	مقترح للمدين الرجوع في العرض
٧٥٠	الأثر الذي يترتب على رجوع المدين في العرض

الفصل الثاني

عمل الوفاء

الفرع الأول — على أي شيء يقع الوفاء وما يتبع هذا الشيء من ملحقات ٧٥١

٧٥١	المبحث الأول — على أي شيء يقع الوفاء
٧٥٢	المطلب الأول — الوفاء بنفس المستحق
٧٥٣	الشيء المستحق شيء معين بالذات
٧٥٤	الشيء المستحق غير معين إلا بنوعه
٧٥٤	الشيء المستحق نفوذ
٧٥٨	الشيء المستحق عمل أو امتناع من عمل

صفحة

المطلب الثاني — الوفاء بكل الشيء المستحق — عدم جواز تجزئة الوفاء	٧٥٩
القاعدة — عدم جواز تجزئة الوفاء	٧٦٠
الاستثنائات — جواز تجزئة الوفاء	٧٦١
المطلب الثالث — تعيين جهة الدفع عند تملك المدين	٧٦٣
تعيين الدين المدفوع بواسطة المدين	٧٦٦
تعيين الدين المدفوع بواسطة القانون	٧٦٨
تعيين الدين المدفوع بواسطة الدائن	٧٧١
المبحث الثاني — ما يتبع الشيء الموفى به من ملحقات	٧٧٣
الفوائد والمصروفات	٧٧٤
تلفقات الوفاء	٧٧٥
الفرع الثاني — الزمان والمكان اللذان يتم فيهما الوفاء	٧٧٦
المبحث الأول — الزمان الذي يتم فيه الوفاء	٧٧٦
الأصل في الالتزام أن يؤدي فوراً	٧٧٨
متى يتراخى الوفاء بالالتزام — اتفاق أو نص في القانون	٧٧٩
ت تحديد القاضي وقت الوفاء — نظر الميسرة :	٧٨٠
شروط منح القاضي لنظرة الميسرة	٧٨١
الآثار التي تترتب على نظرة الميسرة	٧٨٥
سقوط الأجل في نظرة الميسرة	٧٨٦
المبحث الثاني — المكان الذي يتم فيه الوفاء	٧٨٨
اتفاق الطرفين على مكان الوفاء	٧٨٩
مكان الوفاء في العين المبيعة بالذات هو مكان وجودها وقت	
نشوء الالتزام	٧٩١
مكان الوفاء في غير العين المبيعة بالذات هو موطن المدين	
أو مركز أعماله	٧٩٢
نصوص خاصة بتعيين مكان الوفاء في بعض المقود المساة	٧٩٤

الباب الثاني

انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء

أسباب انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء	٧٩٥
--	-----

ملحة

الفصل الاول

الوفاء بمقابل

- ٩٦٧ الفرع الأول — أركان الوفاء بمقابل وتكييفه القانوني
- ٧٩٦ المبحث الأول — الأركان التي يقوم عليها الوفاء بمقابل
اتفاق على الاستمارة عن محل الوفاء الأصل بنقل ملكية
شيء آخر
- ٧٩٨ تنفيذ الاتفاق بنقل الملكية فعلا إلى الدائن
- ٨٠١ المبحث الثاني — التكييف القانوني لوفاء بمقابل
- ٨٠١ الوفاء بمقابل بيع تليه مقاصة
- ٨٠٢ الوفاء بمقابل ضرب من الوفاء بغير فيه المحل الأصل
- ٨٠٣ الوفاء بمقابل حمل مركب من تجسيد ووفاء عن طريق
نقل الملكية
- ٨٠٥ الفرع الثاني — الآثار التي ترتب على الوفاء بمقابل
- ٨٠٦ الوفاء بمقابل باعتباره نقلا للملكية
- ٨٠٨ الوفاء بمقابل باعتباره وفاء
- ٨١٠

الفصل الثاني

التجديد والإلابة في الوفاء

- ٨١٣ الفرع الأول — التجديد
- ٨١٥ المبحث الأول — شروط التجديد
- ٨١٥ المطلب الأول — تماثل التزامين قديم حل محل جديد
- ٨١٦ وجود التزام قديم
- ٨١٩ إنشاء التزام جديد
- ٨٢٠ المطلب الثاني — اختلاف ما بين الالتزامين في أحد العناصر
- ٨٢٢ لايد من مخالفة الالتزام الجديد للالتزام القديم في عنصر هام
- ٨٢٤ التجديد بتغيير الدين في محله أو مصدره
- ٨٢٥ التجديد بتغيير الدائن
- ٨٢٧ التجديد بتغيير المدين

صفحة	
٨٣٠	المطلب الثالث — نية التجديد
٨٣٢	التجديد عقد
٨٣٣	الأهلية في التجديد
٨٣٤	وضوح نية التجديد
٨٣٨	تقيد الالتزام في حساب جلد
٨٤١	المبحث الثاني — الآثار التي تترتب على التجديد
٨٤١	المطلب الأول — انقضاء الالتزام الأصل ونشوء التزام جديد
٨٤٣	الالتزام الجديد غير الالتزام الأصل
	مقابلة بين التجديد من جهة والحالة والحلول والوفاء بمقابل
٨٤٤	من جهة أخرى
٨٤٥	المطلب الثاني — انتقال التأمينات من الالتزام الأصل إلى الالتزام الجديد
٨٤٨	§ ١ — التأمينات العينية التي قلصها المدين
	انتقال لتأمينات إلى الالتزام الجديد فيه خروج على القواعد
٨٤٨	العامة — معرواته
٨٤٩	حماية الغير
٨٥٠	ما للمتصود بالتأمينات العينية التي قلصها المدين
	كيف يتم انتقال التأمينات من الالتزام الأصل إلى الالتزام
٨٥١	الجديد
٨٥٣	§ ٢ — تأمينات الشخصية والعينية التي قلصها الغير
٨٥٣	وجوب وشاء الغير بنقل هذه التأمينات
٨٥٤	جواز نقل هذه التأمينات بعد إجراء التجديد
٨٥٥	الفرع الثاني — الإنابة في الوفاء
٨٥٥	علقة الإنابة في الوفاء بالتجديد
٨٥٦	المبحث الأول — كيف تم الإنابة في الوفاء
٨٥٧	الإنابة تقتضي أشخاصاً ثلاثة
٨٥٨	ما يمكن أن يقوم من مديونية ما بين هؤلاء الأشخاص الثلاثة
	قد تتضمن الإنابة تجديداً وقد لا تتضمن — الإنابة الكاملة
٨٥٩	والإنابة القاصرة
٨٦٠	الإنابة القاصرة والاشتراط لمصلحة الغير
٨٦١	المبحث الثاني — الآثار التي تترتب على الإنابة في الوفاء
٨٦١	المطلب الأول — الإنابة الكاملة أو التجديد بتغير المدين
٨٦٣	العلاقة ما بين المنيب والمناب لديه
٨٦٤	العلاقة ما بين المنيب والمناب

صفحة

٨٦٥ العلاقة ما بين المئاب لديه والمئاب
٨٦٧ المطلب الثاني — الإجابة القاصرة
٨٦٨ العلاقة ما بين المذهب والمئاب لديه
٨٦٨ العلاقة ما بين المذهب والمئاب
٨٦٩ العلاقة ما بين المئاب لديه والمئاب

الفصل الثالث

المقاصة

٨٧٣ المقاصة أداة وفاء وأداة ضمان
٨٧٥ المقاصة والبلغ بعدم التفضيل والحق في الحبس
٨٧٦ منشأ المقاصة في القانون الروماني وقانون الفرسي القديم
٨٧٨ المقاصة في التقنينات اللاتينية وفي التقنينات الجرمانية.....
٨٨٤ المقاصة القانونية والمقاصة التقضائية والمقاصة الاختيارية
٨٨٤ الفرع الأول — المقاصة القانونية
٨٨٥ المبحث الأول — شروط المقاصة.....
٨٨٥ المطلب الأول — ما يدخل في الشروط وما لا يدخل
٨٨٥ § ١ — ما يدخل في الشروط :
٨٨٨ الشرط الأول — التقابل ما بين الدينين
٨٩٠ الشرط الثاني — التماثل في المحل ما بين الدينين
٨٩٢ الشرط الثالث — صلاحية كل من الدينين للمطالبة به قضاء
٨٩٤ الشرط الرابع — غلو الدينين من النزاع.....
٩٠٠ الشرط السادس — قابلية كل من الدينين للحجز.....
 § ٢ — ما لا يدخل في الشروط :
٩٠١ وحدة المصدر بين الدينين ليست بشرط
٩٠١ وحدة مكان الوفاء بين الدينين ليست بشرط
٩٠٣ المطلب الثاني — الديون التي لا تقع فيها المقاصة.....
٩٠٥ أحد الدينين فيه نزاع دون حق من يد مالكه.....
٩٠٧ أحد الدينين فيه مودع أو معار عارية استعجال.....
٩٠٩ المبحث الثاني — كيف يكون إعمال المقاصة وما هي الآثار التي تترتب عليها
٩٠٩ المطلب الأول — كيف يكون إعمال المقاصة.....
٩١٠ وجوب التسلك بالمقاصة.....
٩١٣ جوائز النزول عن المقاصة بعد ثبوت الحق فيها.....
٩١٦ حالة من حالات النزول التام عن المقاصة بعد ثبوتها...

صفحة

المطلب الثاني — الآثار التي تترتب على المقاصة	١١٨
§ ١ — أثر المقاصة فيما بين الطرفين	١١٨
المقاصة تقضى الدينين بقدر الأقل منهما	١٢١
انقضاء الدينين منذ الوقت الذي يصبحان فيه صالحين للمقاصة	١٢٢
تعيين جهة الدفع في المقاصة	١٢٥
§ ٢ — أثر المقاصة بالنسبة إلى الغير	١٢٧
توقيع الحجر التحفظي على أحد الدينين المتقابلين	١٢٩
حالة أحد الدينين المتقابلين وقبول المدين الحوالة دون تحفظ	١٣٠
الفرع الثاني — المقاصة الاختيارية والمقاصة القضائية	١٣٢
المبحث الأول — المقاصة الاختيارية	١٣٣
الأحوال التي تجرى فيها المقاصة الاختيارية	١٣٣
الآثار التي تترتب على المقاصة الاختيارية	١٣٦
المبحث الثاني — المقاصة القضائية	١٣٧
الأحوال التي تجرى فيها المقاصة القضائية	١٣٧
كيف تجرى المقاصة القضائية وما يترتب عليها من الآثار	١٤٠

الفصل الرابع

اتحاد اللزمة

مقارنة بين اتحاد اللزمة والمقاصة	١٤٤
الأهمية المحدودة لاتحاد اللزمة	١٤٥
الفرع الأول — كيف يتحقق اتحاد اللزمة	١٤٦
عن طريق الميراث	١٤٦
عن طريق الوصية	١٤٨
عن طريق التصرف القانوني ما بين الأحياء	١٤٩
كل للديون قابلة للاقتضاء باتحاد اللزمة	١٥٠
الفرع الثاني — الآثار التي تترتب على اتحاد اللزمة	١٥١
المبحث الأول — الآثار التي تترتب على اتحاد اللزمة ما بين السبب الذي أدى إليه قائماً	١٥٢
كيف يتقضى الدين باتحاد اللزمة	١٥٢
نواع يترتب فيها الدين المتقضى باتحاد اللزمة معتقاً به	١٥٤

صفحة

٩٥٤ حساب الدين في نصاب الوصية
٩٥٤ الاعتداد بالدين عند اتحاد ذمة التكفيل والمدين الأصل ...
٩٥٥ الاعتداد بالدين عند اتحاد ذمة التكفيل والمدين الأصل ...
 الاعتداد بالدين عند اتحاد ذمة أحد المدين المتضامتين
٩٥٦ والدائن
	المبحث الثاني — ما يترتب من أثر حل زوال السبب الذي أدى إلى اتحاد الذمة
٩٥٨ بأثر رجعي
٩٥٨ عودة الدين إلى الظهور
٩٥٩ زوال السبب الذي أدى إلى اتحاد الذمة بأثر غير رجعي ...

الباب الثالث

انقضاء الالتزام دون الوفاء به

٩٦١ أسباب انقضاء الالتزام دون الوفاء به
-----	---

الفصل الاول

الإبراء

٩٦٢ كيف يتم الإبراء وما يترتب عليه من الآثار
٩٦٢ الفرع الأول — كيف يتم الإبراء
٩٦٥ المبحث الأول — مميزات الإبراء
٩٦٥ الإبراء يتم بإرادة واحدة من جانب الدائن
٩٦٨ الإبراء تصرف تبرعي
٩٦٩ المبحث الثاني — للشروط الواجب توافرها في الإبراء
٩٦٩ ليست هناك شروط من ناحية الشكل
٩٧٢ الشروط الموضوعية الواجب توافرها في الإبراء
٩٧٥ الفرع الثاني — الآثار التي تترتب على الإبراء
٩٧٥ الإبراء يقضى الدين
٩٧٧ وتنتفى مع الدين تأميناته
٩٨٠ إبراء الدين لأحد المدين المتضامتين — إحالة

الفصل الثاني

استحالة التنفيذ

الفرع الأول - متى تحقق استحالة التنفيذ	٩٨١
الشرط الأول - تنفيذ الالتزام يصبح مستحيلا	٩٨٣
الشرط الثاني - استحالة التنفيذ ترجع إلى سبب أجنبي	٩٨٥
الفرع الثاني - الآثار التي تترتب على استحالة التنفيذ	٩٨٨
انقضاء الالتزام وتوابعه	٩٨٨
تحمل التبعة في العقد وفي الملك	٩٩٠

الفصل الثالث

التقادم المسقط

تمهيد :	٩٩٤
التقادم المسقط والتقادم المكسب - وجوب الفصل بينهما	٩٩٤
الأساس الذي يركز عليه التقادم المسقط	٩٩٦
لغة تاريخية	٩٩٩
التمييز بين التقادم المسقط والسقوط	١٠٠٠
الفرع الأول - المدد الواجب انقضاؤها حتى يتحقق التقادم	١٠٠٦
المبحث الأول - مدد التقادم المختلفة	١٠٠٦
القاعدة العامة والاستثناءات	١٠٠٦
القاعدة العامة - مدة التقادم خمس عشرة سنة	١٠٠٨
الحالات التي ورد فيها نص خاص - إحالة	١٠١١
الاستثناءات التي أوردها القانون - ١ - الحقوق الدورية المتجددة :	١٠١٨
الضابط هو الدورية والتجدد	١٠٢٠
الأساس الذي يقوم عليه تقادم الحقوق الدورية المتجددة	١٠٢٤

صفحة

١٠٢٦	١	الديون التي لم تستوف شرطى الدورية والتجدد تتقدم
١٠٢٨	٢	بمجلس عشرة سنة
١٠٣١	٣	الريع المستحق في ذمة الخاثر سبب الثانية والريع الواجب على
١٠٣٣	٤	ناظر الوقت أملاؤه المستحقين
١٠٣٨	٥	حقوق الأطباء، والصيادلة والمحامين والمهنتيين والتجار
١٠٣٩	٦	ووكلاء التغليفية والسباسة والأمانة والمعلمين :
١٠٤٢	٧	الديون المستحقة لطائفة من أصحاب المهن الحرة تتقدم
١٠٤٤	٨	بمجلس سنوات
١٠٤٦	٩	سريان التتبعين المدفئ الجديد
١٠٤٨	١٠	حقوق التجار والصناع وأصحاب الفنادق والمطاعم والبال
١٠٤٩	١١	والخدم والأجراء :
١٠٥٢	١٢	التقدم في هذه الحقوق يقوم على قرينة الوفاء
١٠٥٤	١٣	تفصيل الحقوق التي تتقدم بسنة واحدة
١٠٥٦	١٤	سريان التتبعين المدفئ الجديد
١٠٥٨	١٥	الضرائب والرسوم المستحقة للدولة
١٠٥٩	١٦	لا يجوز الاتفاق على أن يتم التقدم في مدة تختلف عن المدة
١٠٦٠	١٧	التي عينها القانون
١٠٦٤	١٨	المبحث الثاني — كيفية حساب مدة التقدم
١٠٦٦	١٩	حساب مدة التقدم
١٠٦٩	٢٠	مبدأ سريان التقدم
١٠٦١	٢١	مبدأ سريان التقدم بالنسبة إلى دين معلق على شرط بالنسبة
١٠٦٣	٢٢	إلى ضمان الاستحقاق
١٠٦٥	٢٣	مبدأ سريان التقدم بالنسبة إلى دين مؤجل
١٠٦٧	٢٤	مبدأ سريان التقدم إذا كان مهاد الاستحقاق متوقفاً على
١٠٦٨	٢٥	إرادة المدين
١٠٦٩	٢٦	مبدأ سريان التقدم بالنسبة إلى الديون الاحتمالية
١٠٧١	٢٧	المبحث الثالث — وقف التقدم
١٠٧٥	٢٨	التمييز بين وقف سريان التقدم وتأخر سريان التقدم
١٠٧٧	٢٩	أسباب وقف التقدم في التتبعين المدفئ الفرنسي
١٠٧٩	٣٠	أسباب وقف التقدم في التتبعين المدفئ المصري :
١٠٨٢	٣١	أسباب وقف التقدم التي تتعلق بالشخص
١٠٨٦	٣٢	أسباب وقف التقدم التي ترجع إلى ظروف مادية اضطرارية
١٠٨٦	٣٣	الأثر الذي يترتب على وقف التقدم

صفحة	
١٠٨٧	المبحث الرابع — انقطاع التقادم
١٠٨٧	أسباب انقطاع التقادم وما يترتب عليه من الأثر
١٠٨٨	المطلب الأول — أسباب انقطاع التقادم
١٠٩٠	§ ١ — الأسباب الصادرة من الدائن :
١٠٩٠	المطالبة القضائية
١١٠٠	التنبيه
١١٠١	الحجز
	الطلب الذى يتقدم به الدائن لقبول حقه في قبض أو في توزيع
	وأي عمل يقوم به الدائن لتمسك بحقه أثناء السير في إحدى
١١٠٣	الدعوى
١١٠٧	§ ٢ — الأسباب الصادرة من المدين — إقراره بحق الدائن
١١٠٧	تكييف الإقرار الصادر من المدين بحق الدائن
١١٠٩	الإقرار الصريح والإقرار الضمني
١١١٢	إلتهات الإقرار
١١١٣	المطلب الثاني — الأثر الذى يترتب على انقطاع التقادم
١١١٥	مبدأ سريان التقادم الجديد الذى يعمل على انقطاع المنقطع
١١١٨	من ينقطع التقادم الجديد عن التقادم القديم
١١٢٢	من يمنعه أثر الانقطاع إلى غير الدائن الذى قطع التقادم
١١٢٣	من يتناول أثر الانقطاع غير الحق الذى قطع فيه التقادم

الفرع الثاني — كيف يجب لإعمال التقادم وما هى الآثار التى

١١٢٥	تترتب عليه
١١٢٥	المبحث الأول — كيف يجب لإعمال التقادم
١١٢٥	وجوب التمسك بالتقادم وجواز النزول عنه بعد اكتماله
١١٢٦	المطلب الأول — وجوب التمسك بالتقادم (الدفع بالتقادم)
١١٢٧	§ ١ — لا تقضى المحكمة بالتقادم من تلقاء نفسها بل لابد من التمسك به
١١٢٩	الأسباب التى تدعو إلى وجوب التمسك بالتقادم
١١٣٠	هل هناك استثناءات للقاعدة العامة ؟
١١٣٢	التمسك بتقادم الدعوى المدنية إذا ارتبطت بالدعوى الجنائية
١١٣٣	لا يغنى التمسك بتنوع من التقادم عن التمسك بتنوع آخر
١١٣٤	§ ٢ — التمسك بالتقادم المدين وكل ذى مصلحة
١١٣٤	تمسك المدين بالتقادم

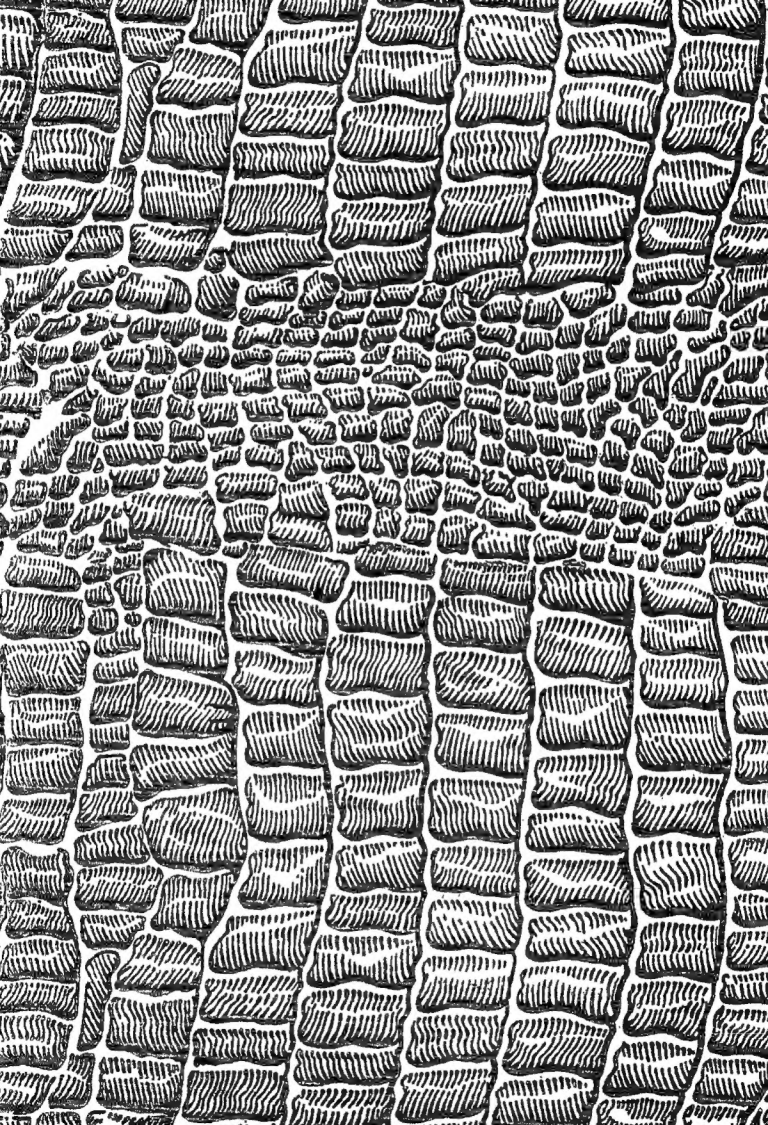
مصلحة

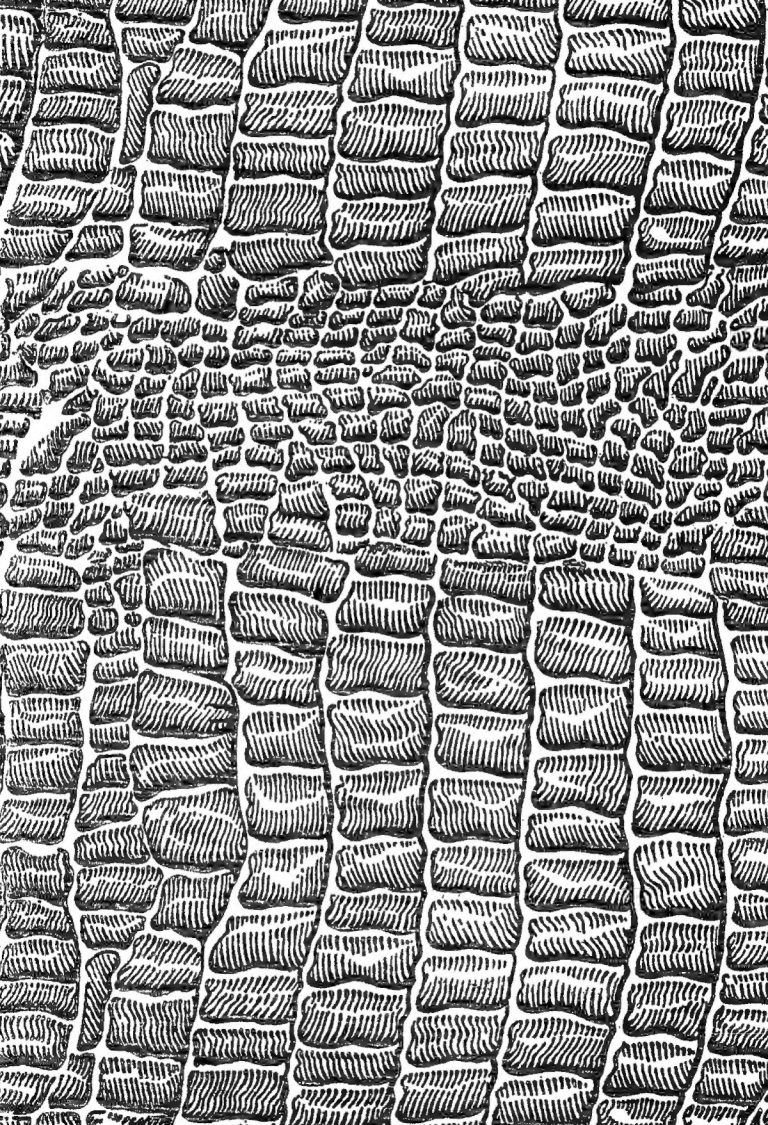
- ١١٣٥ التمسك بالتقادم من كل ذى مصلحة
- ١١٣٦ التمسك بالتقادم من دائي المدين
- ١١٣٨ § ٢ — يجوز التمسك بالتقادم في أية حالة كانت عليها الدعوى ...
- ١١٣٨ التمسك بالتقادم أمام المحكمة الابتدائية
- ١١٣٩ التمسك بالتقادم أمام محكمة الاستئناف
- ١١٣٩ التمسك بالتقادم أمام محكمة النقض
- ١١٣٩ التمسك بالتقادم أمام محكمة الإحالة
- ١١٤٠ المطلب الثاني — لزول من التقادم
- ١١٤٢ § ١ — عدم جواز الزول عن التقادم مقبلا قبل ثبوت الحق فيه
- ١١٤٢ الأسباب التي تدعو إلى عدم جواز الزول مقبلا عن التقادم
- عدم جواز الزول عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه يسرى على
- ١١٤٣ جميع أنواع التقادم
- عدم جواز الاتفاق على إطالة مدة التقادم أو على تقصيرها —
- ١١٤٣ إحصالة
- ١١٤٤ كيف تطول مدة التقادم بطرق أخرى
- ١١٤٥ § ٢ — عدم جواز الزول من التقادم بعد ثبوت الحق فيه
- ١١٤٥ لزول الصريح ولزول الضمني
- ١١٤٦ الأهلية الواجبة للزول من التقادم بعد ثبوت الحق فيه
- ١١٤٧ أثر الزول من التقادم بعد ثبوت الحق فيه
- ١١٥١ جواز الزول من المدة التي اقتضت في تقادم لم يكتمل
- ١١٥٢ المبحث الثاني — الآثار التي تترتب على التقادم
- ١١٥٤ التزام اكتملت مدة تقادمه قبل التمسك بالتقادم
- ١١٥٦ التزام اكتملت مدة تقادمه بعد التمسك بالتقادم
- ١١٥٦ المطلب الأول — سقوط الدين وتوابعه عند التمسك بالتقادم
- ١١٥٦ سقوط الدين وتوابعه
- ١١٥٨ سقوط الدين بأثر رجعي
- سقوط الدين بالتقادم من طريق الدعوى لا يمنع من التمسك
- ١١٥٩ بوجوده من طريق الدفع
- ١١٦٢ تقادم الدين قد يفيد غير المدين
- انتقال الدين المحتقن إلى غزاة الدولة في حالات ينص
- ١١٦٣ عليها القانون

- المطلب الثاني — تأصيل سقوط الدين بالتضادم ١١٦٥
 للرأى الأول — التمييز بين المديونية والمسئولية (المذهب
 الجرماني) ١١٦٥
 للرأى الثاني — التضادم يسقط الدعوى دون الحق ١١٦٧
 للرأى الثالث — التضادم يسقط للدعوى والحق معاً ١١٦٨
 المطلب الثالث — تخلف التزام طبيعي عن الالتزام المدنى الذى سقط بالتضادم
 الآثار التى تترتب على الالتزام الطبيعى المتخلف عن
 الالتزام المتضادم ١١٧٠
 الوفاء ١١٧٠
 إنشاء التزام مدنى ١١٧١
 المقاصة ١١٧٢
 الكفالة ١١٧٢
 الحبس ١١٧٣

فصل في المطبوع

دار النشر للجامعات المصرية
طريق الدقي الجديد (شركة تربية الأسماك)
15 شارع قسوس - القاهرة





Bibliotheca Alexandrina



0566961